

# **INFORMALIZAÇÃO DO DIREITO, DENEGAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ARBITRAGEM**

**Liana Cirne Lins**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas – Especialidade Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr.

Florianópolis, 2001.

## **SESSÃO DE DEFESA:**

A dissertação “INFORMALIZAÇÃO DO DIREITO, DENEGAÇÃO E  
DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA  
ARBITRAGEM”,

elaborada por Liana Cirne Lins

e aprovada pela unanimidade dos membros da Banca Examinadora, foi julgada  
adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Florianópolis, 09 de fevereiro de 2001.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr.

---

Prof. Dr. Moacir Motta

---

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Professor Orientador:

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Christian Guy Caubet

## DEDICATÓRIAS

A *Ziuna*, mãe e amiga amada, que quis, a um só tempo, ver-me vencer as angústias e tomá-las de mim para si, a *Silvana*, amiga-amiga, cujo apoio, crítico e amoroso, foi-me fundamental nos momentos mais difíceis e sem o qual este trabalho não teria sido possível, a *Magda Biavaschi* e *Katie Argüello*, amigas e incentivadoras, paradigmas de mulher e de jurista, que me ensinaram a dizer as palavras duras com poesia, companheiras para rir e refletir. Às minhas irmãs e companheiras, Michele e Alessandra.

A *Hudnes* e *Luciano*, amigos queridos. A *Ivanildo*, pai que soube tornar-se amigo.

A Florianópolis e à sua beleza eloqüente, que preencheu minha alma e deu-me uma paz intranqüila.

A Deus, por tudo.

## AGRADECIMENTOS

Ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa de seu coordenador, Prof. Dr. Christian Guy Caubet, e à CAPES, sem os quais esta pesquisa não teria sido possível.

Ao Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr., pela orientação instigante e estimulante e também pela *desorientação*, para quando eu julgava – equivocadamente – haver encontrado uma solução que se mostraria, posteriormente, apenas o princípio do processo de inquietação que deve percorrer o pesquisador.

Ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni e ao Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues, pela gentileza de dividir comigo seus valiosos conhecimentos, tão importantes nos momentos iniciais de minha pesquisa.

Ao Prof. Dr. Wilson Ramos Filho, pela crítica e pelas ponderações que contribuíram para a adoção da perspectiva dialética que norteou este trabalho.

A todos os professores deste mestrado, especialmente ao Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer e à Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade, pelo estímulo à reflexão acadêmica e por serem merecedores da mais profunda admiração pessoal e intelectual.

Às amigas Leticia Martel, Mônica Camargo, Leila Zotz, cujo prazer da amizade deveu-se, direta ou indiretamente, a este mestrado. Todas amigas que, pelo carinho e pela torcida, merecem muito mais do que um agradecimento.

Aos colegas e companheiros neste mestrado, em especial Maria Alejandra Fortuny, Jorge Mario Lebedich e Roxana Brasileiro Borges.

Aos meus alunos nas disciplinas de Sociologia Jurídica e de Teoria Geral do Processo, por terem fomentado, com suas dúvidas, muitas das idéias com as quais desenvolvi este trabalho.

Às sempre gentis secretárias do CPGD, Gilvana e Rose.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>6</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I – As Qualidades Formais do Direito Frente às Tendências da Informalização.....</b>	<b>13</b>
<i>i.i. O Desenvolvimento das Qualidades Formais do Direito: Uma Análise da Racionalidade Jurídico-Formal a Partir da Sociologia Jurídica Weberiana.....</i>	<i>14</i>
<i>i.i.i. A Influência do Imperium Sobre as Qualidades Formais do Direito e a Formação do Monopólio Estatal da Jurisdição.....</i>	<i>15</i>
<i>i.i.ii. As Qualidades Formais do Direito Natural.....</i>	<i>26</i>
<i>i.i.iii. As Qualidades Formais do Direito Moderno.....</i>	<i>32</i>
<i>i.ii. O Estado, o Neoliberalismo e a Informalização do Direito.....</i>	<i>39</i>
<i>i.ii.i. Estado e Direito: Duas Concepções Ampliadas.....</i>	<i>40</i>
<i>i.ii.ii. Neoliberalismo, Globalização e Informalização do Direito.....</i>	<i>47</i>
<i>i.iii. As Concepções Públicas e Privadas da Ação e do Processo.....</i>	<i>57</i>
<i>i.iii.i. A Teoria Civilista da Ação e a Polêmica Windscheid-Muther.....</i>	<i>58</i>
<i>i.iii.ii. As Teorias Privatistas e Publicistas do Processo.....</i>	<i>65</i>
<b>CAPÍTULO II – Arbitragem e Democratização da Justiça: Limites e Possibilidades.....</b>	<b>71</b>
<i>ii.i. Informalização do Direito e Arbitragem: Breves Notas Históricas.....</i>	<i>72</i>
<i>ii.ii. Arbitragem e Democratização do Acesso à Justiça.....</i>	<i>81</i>
<i>ii.ii.i. O Movimento Pelo Acesso Efetivo à Justiça.....</i>	<i>82</i>
<i>ii.ii.ii. Arbitragem e Democratização do Acesso à Justiça: Limites e Possibilidades.....</i>	<i>99</i>
<i>ii.iii. Arbitragem: Denegação ou Democratização da Justiça?.....</i>	<i>113</i>
<i>ii.iii.i. Natureza Jurídica da Arbitragem: O Privado e o Público na Esfera Não-Estatal.....</i>	<i>114</i>
<i>ii.iii.ii. A Arbitragem para Solução de Controvérsias entre Desiguais.....</i>	<i>125</i>
<b>CAPÍTULO III – Arbitragem, Jurisdição e Controle Jurisdicional Estatal.....</b>	<b>138</b>
<i>iii.i. Estado, Jurisdição e Arbitragem.....</i>	<i>139</i>
<i>iii.i.i. Monopólio Estatal da Jurisdição e Pluralismo Jurisdicional.....</i>	<i>140</i>
<i>iii.i.ii. Jurisdição Arbitral e Competência: Limites à Autonomia da Vontade.....</i>	<i>149</i>
<i>iii.ii. Garantias e Características da Jurisdição Arbitral.....</i>	<i>157</i>
<i>iii.ii.i. Breves Notas Acerca da Arbitragem no Direito Estrangeiro.....</i>	<i>158</i>
<i>iii.ii.ii. Garantias da Jurisdição Arbitral.....</i>	<i>169</i>
<i>iii.iii. Arbitragem e Inafastabilidade do Controle Jurisdicional Estatal.....</i>	<i>178</i>
<i>iii.iii.i. Arbitragem: Retorno às Teorias Privatistas da Ação e do Processo?.....</i>	<i>179</i>
<i>iii.iii.ii. Arbitragem e Controle Jurisdicional Estatal.....</i>	<i>186</i>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>191</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>198</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>210</b>

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar, criticamente, o instituto da arbitragem e o contexto de surgimento da Lei de Arbitragem brasileira no cenário jurídico-político brasileiro e global.

Este estudo implica, preliminarmente, a compreensão do processo de formação da racionalidade jurídico-formal e da tensão inesgotável entre as racionalidades formais e materiais, a fim de compreender-se a existência ou não de potencialidade democrática no apelo pela informalização do Direito. Não prescinde, igualmente, da compreensão do fenômeno do Estado e de análise quanto à sua capacidade de cumprimento dos ideais da modernidade.

Da mesma forma, possibilita-se, através do estudo do movimento pela democratização da administração da justiça, a avaliação do instituto da arbitragem em sua possibilidade de ampliação do acesso à justiça, se se presta o mesmo à solução de conflitos entre desiguais ou apenas à solução de conflitos entre iguais ou se, ainda, é apto a resolver tão-somente controvérsias intraclasse dominante, caso em que se constituiria como verdadeira justiça elitista.

Analisa-se, finalmente, a necessidade e a possibilidade de que a jurisdição possa ser prestada por órgãos não-estatais, se assumiria a mesma, nesta hipótese, feições públicas ou privadas, quais os limites a que deveria prender-se e se afastaria a via estatal, denegando ou não justiça.

O estudo proposto somente pôde realizar-se a partir de perspectiva dialética, sabendo-se que o instituto da arbitragem em si não é portador de nenhum sentido peremptório e incapaz de assimilação dos ideais que a ele possa emprestar-se; ao contrário, foi este estudo permeado pela consciência de que o mesmo só pode revestir-se da hermenêutica que os operadores jurídicos vierem a empregar.

## **ABSTRACT**

The present dissertation pursues to analyse, critically, the institute of the arbitration and the emerging context of the Brazilian Law of Arbitration in both global and Brazilian political-juridical scenarios.

This study implies, preliminarily, the comprehension of the formation process of the formal juridical rationale and the endless tension between the formal and material rationales, in order to understand the existence or not of democratic potentiality in the appeal for the informalization of Law. It does not prescind, as well, the comprehension of the phenomenon of the State and the analysis of its capacity of taking over the modernity ideals.

Likewise, the evaluation of the institute of arbitration in its possibility of amplification of the access to justice is likely to be possible through the study of the movement for democratization of justice administration, in case it is worth the solution of conflicts between unequals or only between equals or if, yet, it is only fit for working out controversies within the dominant class, the case in which it had constituted real elite justice.

It also analyses the need and the possibility for the jurisdiction to be carried by non-statal institutions, and under this hypothesis its rendering would assume public or private traits, what limitations it would be tied to, and the statal via would be put away, be justice denied or not.

This study has only been possible upon dialectic perspective, acknowledged that the institute of arbitration by itself does not carry any peremptory sense and is unlikely to assimilate the ideals that may be regarded to it; on the contrary, this study was permeated by the awareness that the study itself can only be overlayed with the hermeutical that the juridical operators eventually apply.

## INTRODUÇÃO

A arbitragem, meio de solução de conflitos anterior mesmo à adjudicação estatal, sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos, em maior ou menor grau. Entretanto, a acentuação do monopólio do poder jurisdicional pelos órgãos estatais – própria do Estado moderno – e a idéia muito aceita entre os juristas de que não há Direito fora da esfera estatal determinaram que a arbitragem não lograsse grande êxito junto à prática jurídica.

Nos últimos tempos, porém, com a aceleração do processo que se convencionou chamar de globalização econômica e, aliada a este, a implementação de políticas neoliberais, as quais propugnam a redução da intervenção do Estado tanto na economia quanto nas áreas sociais, a arbitragem volta a ganhar reconhecimento de juristas preocupados, sobretudo, com a criação de formas jurídicas que possam atender as necessidades do mercado global.

Assim, após um longo período histórico no qual o processo de racionalização do Direito direcionou-se preponderantemente – embora não univocamente, dada a ausência de linearidade do mesmo – na direção da formalização crescente dos institutos jurídicos, a fim de permitir previsão e cálculo, antes necessários, assiste-se recentemente a um movimento inverso, qual seja, o de crescente informalização do Direito, a fim de compatibilizá-lo à característica flexível que assumiram as novas formas de circulação e acumulação do capital.

O objeto deste trabalho, portanto, é o estudo, sob base preponderantemente bibliográfica, da arbitragem e das possibilidades democratizadoras ou denegadoras de justiça que a mesma encerra, enfatizando a análise de sua adequação ou inadequação para a solução de controvérsias entre partes não-paritárias.

Por arbitragem entende-se a forma de resolução de conflitos heterônoma, não-estatal e complementar à jurisdição prestada pelo Estado, cuja esfera de decisão é limitada às matérias que não tenham sido reservadas à última, eleita por vontade das partes, desde que possuam esta capacidade para contratar, e por concessão da lei, pela qual, através de procedimento ditado em parte por regras do Estado, em parte por regras consensualmente estabelecidas pelos pactantes, inclusive quanto à escolha do árbitro (ou árbitros), de quem se exige seja igualmente



capaz, profere-se um juízo de caráter vinculante para as partes, com o qual se põe fim à controvérsia objeto da demanda arbitral.

*Não é objeto deste trabalho tratar da arbitragem como meio de resolução de conflitos decorrentes de relações comerciais e, sobretudo, de relações comerciais internacionais*, uma vez que, ao que se indica, a arbitragem seja, de fato, mais apropriada a resolver as controvérsias potenciais oriundas deste tipo de relações, nas quais se exige do terceiro imparcial que as deverá resolver conhecimentos específicos sobre direito internacional e comercial, sobre os costumes e as praxes do comércio internacional, além de conhecimentos técnicos muitas vezes desvinculados do saber jurídico.

Não deve ser motivo de omissão a preocupação, sempre presente neste trabalho, de conciliar o instituto da arbitragem à necessidade de democratização das instâncias jurídicas e de afastar o tanto quanto possível as possibilidades de interpretação da arbitragem como justiça especializada para as classes abastadas. Esta preocupação – de afastar a aplicação do instituto como forma de privilégio e, portanto, como forma de denegação de justiça para os não privilegiados – é o fio condutor a nortear o desenvolvimento da pesquisa e a conduzir-lhe às conclusões.

Com isto não se quer dizer, em hipótese alguma, que os conceitos e princípios jurídicos tenham restado desprivilegiados face à preocupação antes esboçada. Ao contrário, parte-se do pressuposto de que as preocupações políticas e ideológicas que impulsionam as indagações e suas respostas devem encontrar a adequada mediação jurídico-formal, sem a qual se tornariam meros postulados de função simbólica, incapazes de contribuir para a tradição do Direito.

Isto é, o reconhecimento de que as normas jurídicas têm um fundamento que está além do ordenamento jurídico e, sobretudo, uma motivação material, não anula a esfera de autonomia própria aos postulados jurídicos, aos quais deve necessariamente adequar-se a racionalidade material que se lhes pretende instituir.

Por isto é que, se por um lado, a preocupação com a democratização da justiça impulsiona toda a pesquisa, esta somente pode realizar-se mediante a necessária mediação e adequação aos princípios inscritos na positividade estatal.

Porém, da mesma forma, não se nega também que, afastando-se de uma abordagem positivista e autopoietica do Direito, os resultados a que se pode chegar

não dependem, muitas vezes, exclusivamente da lógica interna do ordenamento jurídico. Este, como produto da vontade do homem – e resguardada sua esfera de autonomia – tem seus sentidos construídos tanto pela atividade intelectual do jurista como pelo labor forense e, no caso do instituto arbitral, tem seus sentidos a *construir-se*, dada a novidade de seu tratamento na legislação atual e a novidade do contexto político e econômico no qual ressurge.

Assim, se, por um lado, perde-se, desta forma, a certeza à qual é o jurista tão apegado, por outro, *tem-se a abertura de inúmeras possibilidades para a construção do sentido que se quer dar à arbitragem*, em harmonia com o ideal de Estado que se quer construir, ambos voltados para a *inclusão*, em contrapartida a um processo de exclusão que se agrava e que exige reação dos que ainda sonham com a utopia da modernidade, igualitária e libertária.

É importante a advertência de que o vocábulo “justiça”, utilizado no curso deste trabalho, não designará um valor axiológico, mas referir-se-á aos órgãos que prestam serviços judiciais, sejam eles estatais ou extra-estatais.

A escolha por valer-se simplesmente da expressão “justiça” deve-se não somente ao fato de ter-se a mesmo popularizado entre os operadores do meio jurídico e entre os consumidores dos serviços judiciais, como também à razão de não se pactuar com as expressões, atualmente em voga, “acesso à jurisdição”, “democratização da jurisdição”, entre outras similares, em contraposição à expressão já clássica “acesso à justiça”, sobretudo porque o movimento pelo acesso e democratização da justiça compreende muito mais do que o simples acesso aos órgãos e serviços jurisdicionais.

Importante também é reter que os esforços para conceituar certas categorias cujo consenso entre os juristas inexistem, entre as quais se inclui a jurisdição, constituem a indicação do uso semântico que as mesmas tomarão neste trabalho, além da pretensão do enriquecimento do debate acerca dos temas discutidos.

Para poder-se alcançar os fins propostos, adotou-se a divisão deste trabalho em três capítulos, examinando-se, no primeiro, o processo de racionalização do Direito, no qual se consolidaram as qualidades jurídico-formais, e o impacto sofrido pelas mesmas face às tendências atuais da informalização; no segundo, os limites e as possibilidades da arbitragem como forma de democratização da justiça; e,

finalmente, no terceiro, a natureza jurisdicional ou não do instituto, verificando se o mesmo implica denegação de prestação jurisdicional.

Assim, no Capítulo I examinar-se-á o desenvolvimento da racionalidade formal do Direito e o processo de formação do monopólio jurisdicional pelo Estado, possibilitando-se a avaliação das críticas dirigidas à formalidade jurídica, a partir da qual buscar-se-á a compreensão do projeto neoliberal em aplicação nas políticas públicas brasileiras e o processo de flexibilização, desregulamentação e informalização dos direitos que ele traz consigo, compreensão que implica conhecer o papel que o Estado vem ocupando neste processo, bem como o papel que deveria ser por ele ocupado. Finalmente, resgatar-se-ão as teorias publicistas e privatistas da ação e do processo, com intuito de contribuir para a discussão acerca do processo arbitral, permitindo *posterior* verificação da corrente com a qual se identifica.

No Capítulo II, estudar-se-á o processo de tramitação do então projeto da atual Lei de Arbitragem e as principais características e mudanças desta face às disposições legais anteriores. Analisar-se-á igualmente o movimento teórico e político pelo acesso efetivo à justiça, destacando os objetivos e requisitos que lhe caracterizam, com intuito de saber se a arbitragem serve ao fim de democratização do acesso à justiça. Por fim, proceder-se-á ao exame da natureza jurídica da arbitragem, através da compreensão das esferas não-estatais públicas e privadas, seguindo-se o exame sobre a adequação ou inadequação da arbitragem para solucionar conflitos entre partes desiguais.

No Capítulo III, após resgatar-se os principais tópicos acerca da formação do monopólio da jurisdição pelo Estado e fixar-se um conceito de jurisdição, examinar-se-á a possibilidade de existência de um pluralismo jurisdicional e se possui a arbitragem caráter jurisdicional, verificando os limites de sua competência. Far-se-á um breve estudo comparativo da legislação arbitral, a partir da qual estabelecer-se-á um critério para avaliação das escolhas do legislador brasileiro, bem como para interpretação das garantias do juízo arbitral e do papel do Poder Judiciário na certificação do cumprimento das mesmas. Enfim, procurar-se-á demonstrar se a arbitragem constitui ou não denegação de justiça e se implica retorno às teorias privadas da ação e do processo.

Nas Considerações Finais, sintetizar-se-ão as questões centrais abordadas nos três capítulos, enfatizando os posicionamentos aos quais se chegou no decurso da dissertação.

## **CAPÍTULO I:**

### **AS QUALIDADES FORMAIS DO DIREITO FRENTE ÀS TENDÊNCIAS DA INFORMALIZAÇÃO**

**i.i. O Desenvolvimento das Qualidades Formais do Direito:  
Uma Análise da Racionalidade Jurídico-Formal a Partir da  
Sociologia Jurídica Weberiana**

“Os metafísicos de Tlön não buscam a verdade nem sequer a verossimilhança: buscam o assombro. Julgam que a metafísica é um ramo da literatura fantástica. Sabem que um sistema não é outra coisa que a subordinação de todos os aspectos do universo a qualquer um deles” Jorge Luis Borges. *Ficções*.

A proposta de estudar a inserção de Lei de Arbitragem dentro do cenário jurídico-político brasileiro, marcado pelo contexto de flexibilização e desregulamentação crescente dos direitos positivados e de informalização das formas jurídicas consagradas, implica a necessidade de estudar o processo de formação e estruturação da racionalidade jurídico-formal.

Conhecer o desenvolvimento das qualidades formais do Direito e, portanto, o desenvolvimento da racionalidade formal do mesmo, permite-nos compreender seu aspecto não-linear e a determinação da racionalidade material, sobretudo quanto à compatibilidade com a circulação do poder e da riqueza, sobre as características jurídico-formais, afastando a idéia de que a racionalização do Direito deu-se através um processo de evolução ou refinamento do pensamento jurídico.

Com isto, pode-se melhor avaliar o contexto de contundentes críticas dirigidas à formalidade jurídica, justificando a escolha da sociologia jurídica weberiana como referencial para a introdução do tema.

### **i.i.i. A Influência do *Imperium* Sobre as Qualidades Formais do Direito e a Formação do Monopólio Estatal da Jurisdição**

O processo de racionalização jurídico-formal que determinou o desenvolvimento das qualidades formais do Direito integra o processo de racionalização das esferas da vida, desencadeado pela racionalização da esfera religiosa, a partir da qual se permitiu vislumbrar a autonomia relativa do campo da normatividade. Somente com o início do processo de secularização se pôde perceber a possibilidade de construção de formas jurídicas autônomas em relação a postulados religiosos e que pudessem estar orientadas a fins desejados.

A secularização e o *desencantamento* do mundo são, portanto, essenciais para a propulsão da racionalidade jurídica formal. Isto se explica porque somente a partir do momento em que o homem cria a consciência de sua capacidade de condução da própria vida e da capacidade de sujeição dos demais elementos da natureza à sua vontade, percebe a conveniência de substituir o formalismo magicamente condicionado pela racionalidade formal, capaz de permitir ao homem *previsibilidade* e *calculabilidade*, elementos fundamentais para a realização do seu ideal de autodeterminação.

O estudo do processo de racionalização jurídico-formal deve principiar pelo estudo do *imperium*<sup>1</sup>, segundo poder a intervir nas qualidades formais do Direito então vigente, a antiga administração popular de justiça<sup>2</sup>. A intervenção do *imperium* sobre o Direito comum, cujas influências se fizeram sentir especialmente sobre as qualidades formais do Direito, determinou a propulsão da racionalidade jurídico-formal.

---

<sup>1</sup> Por *imperium* deve-se entender o poder de cargo do príncipe, dos magistrados ou funcionários do príncipe.

<sup>2</sup> Julien Freund distingue, a partir da obra de Weber, quatro estágios de racionalização do Direito. O primeiro ligado ao formalismo primitivo, que encerrava uma racionalidade rudimentar. O segundo, ao aparecimento de juristas especializados. O terceiro, à pesquisa da verdade material, e o último, à conciliação da lógica jurídica com as exigências materiais de origem extrajurídica. FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 188-191.

A antiga administração popular de justiça era caracterizada por um estrito formalismo mágico<sup>3</sup> e pelo irracionalismo, sendo que o último verificava-se pelo uso de procedimentos formais que escapavam ao controle da razão do homem, não permitindo previsibilidade ou controle racionalmente possíveis, tais como a consulta aos deuses ou a oráculos, objetivando alcançar-se o que se acreditava ser uma verdade absoluta capaz de conduzir à justiça concreta ao caso<sup>4</sup>.

O estudo da influência do *imperium* no Direito comum permite verificar que o processo de racionalização do Direito, especialmente no que se refere à formalização, dá-se de forma *não linear*, e que a medida do desenvolvimento dos direitos dos particulares resulta da recíproca relação de forças entre o *imperium* e as classes com as quais tinha que contar para manter seu poder<sup>5</sup>.

Inicialmente, o direito criado pelos príncipes e por seus funcionários não era considerado como verdadeiro Direito pelos particulares. A concepção de Direito estava muito fortemente ligada à questão da divindade, que conferia então o caráter obrigatório do mesmo, pois até esta etapa do desenvolvimento da racionalidade jurídica, as esferas da obrigação e coação moral e da obrigação e coação jurídica não estavam ainda delimitadas.

A dificuldade de criação legislativa enfrentada pelo príncipe reduzia sua esfera de poder e obstruía muitas vezes as atividades administrativas principescas, o que justificava a necessidade de intervenção do *imperium*.

Naturalmente, o Direito criado pelos príncipes procurava respeitar em grande medida a tradição, uma vez que é nela que assentava a legitimidade do seu poder. Por outro lado, quanto mais conseguia pôr de lado o direito comum para *imprimir no Direito as qualidades formais próprias de sua administração, mais intensificava o seu poder*<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> O formalismo mágico ou verbal consiste no direito revelado através de oráculos e na utilização símbolos verbais que deveriam ser pronunciados de forma solene.

<sup>4</sup> O irracionalismo próprio à administração popular da justiça a que aqui se trata refere-se, como foi dito, ao uso de procedimentos que não permitiam o controle pela razão. Mas a mesma administração de justiça pode ser caracterizada como racional sob o ponto de vista da racionalidade material, pelo fato de sujeitar-se a princípios fundamentais rígidos. Weber, Max. *Economía y Sociedad*, p. 626.

<sup>5</sup> A esta idéia, pode-se associar a de que o Estado e o Direito condensam relações de força, ainda que assimetricamente. Consultar: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social: Ensaio de sociologia jurídica*, p. 133.

<sup>6</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 625.



Assim, *quanto mais racional o aparato autoritário*, mais dirigia sua influência para dar à administração de justiça um *caráter racional*. Sem este **nexo** entre a administração principesca e a administração da justiça, a secularização e a formalização do Direito extinguiram-se em seus começos ou se converteram em seu contrário<sup>7</sup>.

A dificuldade de intervenção do *imperium* no direito comum<sup>8</sup>, devido à ligação da idéia do Direito à divindade, determinou o aparecimento tardio das criações jurídicas principescas, que tinham em comum a necessidade de *estruturação racional do procedimento*, através de novos meios jurídicos que paulatinamente iriam deixar sem vigência o direito comum, e a necessidade de afastar o formalismo mágico ou de caráter verbal.

Aos poucos, surgiu um Direito dos príncipes ou dos magistrados. Os funcionários do príncipe, encarregados da atividade legislativa, criavam meios de dar aos juízes instruções obrigatórias, às quais estes ficavam vinculados, e de chamar para si os processos, fato que impulsionou a criação de novos meios técnicos jurídicos e desenvolveu a *unificação e sistematização* do Direito<sup>9</sup>. A influência do *imperium*, portanto, foi sempre portadora desta tendência unificadora e sistematizadora, ou seja, a tendência à *codificação*, pois o príncipe desejava *ordem, unidade e harmonia* em seu reino<sup>10</sup>.

Podemos destacar, assim, quatro aspectos:

- a. a necessidade de criação do Direito pelo príncipe;
- b. a necessidade de formação do monopólio da aplicação deste Direito;
- c. a necessidade de formulação de regras de caráter procedimental obrigatórias para os funcionários que iriam aplicá-lo;
- d. a necessidade de que tais regras fossem compatíveis ou proporcionais ao grau de racionalização do aparato burocrático do príncipe.

Assim, o impulso de apropriação das esferas legislativa e jurisdicional, ainda não delimitadas, determinado pela necessidade de ampliação do poder principesco,

---

<sup>7</sup> WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, p. 603-604.

<sup>8</sup> Por direito comum entende-se o direito costumeiro então vigente, que se reputava de inspiração divina e aceitava meios probatórios irracionais, como as ordálias, por exemplo.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p. 623.

<sup>10</sup> *Idem ibidem*, p. 629.

desde seus primórdios foi acompanhado pelo nexos entre a *forma* utilizada pelos processos de criação e aplicação do Direito e as características racionais da *forma* da administração burocrática principesca<sup>11</sup>.

Este nexos é também destacado por FOUCAULT<sup>12</sup> em semelhante análise do processo de formação do monopólio jurisdicional estatal, embora com perspectiva um tanto diferenciada.

O filósofo francês descreve em suas conferências proferidas no Brasil como a rapina, a ocupação de uma cidade ou castelo e outras formas belicosas de aquisição e transmissão de bens eram formas autênticas de aquisição da propriedade e de fortalecimento do poder. Neste tipo de procedimento, no qual o perdedor era despojado de suas armas e o vencedor saía fortalecido, derivava uma *concentração* de poder armado que acabava por fortalecer ainda mais o maior poderoso de todos, qual seja, o príncipe. Daí surge a consequência de que os poderosos tivessem interesse em controlar todos os litígios, *impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente*.

Surgem então a figura da intervenção de um terceiro não envolvido com o litígio e a figura do *procurador*, representante do soberano.

A transição das formas autônomas de solução de controvérsias para as formas heterônomas teriam sido marcadas, portanto, segundo FOUCAULT<sup>13</sup>, pelo proveito vislumbrado pelo soberano em resguardar para si uma parcela dos bens de que era o perdedor despojado, papel de que era incumbido o procurador.

O papel do procurador do soberano não era o mesmo do que o do interventor. O primeiro assegurava que a parte do soberano lhe fosse entregue, enquanto que o segundo intervinha propriamente na disputa entre os litigantes.

Note-se, entretanto, que neste primeiro momento o papel do terceiro não era o de solucionar o conflito, tal como hoje entendemos a função jurisdicional, mas simplesmente o de verificar se a disputa entre as partes controversas obedecia a *forma* imposta para sua realização<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Eugen EHRLICH, em conhecida crítica ao monismo jurídico, destaca a astúcia dos processos de formação do monopólio estatal do Direito, que passa a ser formulado pelo Estado, ensinado em universidades do Estado para formar funcionários do Estado que deverão aplicar o direito do Estado. Consultar: EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*.

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 53-78.

<sup>13</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 65-67.

<sup>14</sup> FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 53-78.

O que se pode notar em comum entre as perspectivas weberiana e foucaultiana é que ambos vislumbram um nexo entre as necessidades da administração do príncipe e as formas de criação e aplicação do Direito: *as formas jurídicas são sempre compatíveis com as formas de circulação de bens e de poder de uma época.*

A intervenção principesca sobre a administração de justiça, entretanto, não se operou de forma homogênea. WEBER distingue dois tipos ideais de administração principesco-patrimonial<sup>15</sup>, a estamental e a patriarcal. Uma e outra determinam maneiras diferentes de influência sobre o direito comum.

A administração principesco-patrimonial de tipo estamental tinha caráter estritamente formal e concedia privilégios (aproximados ao que hoje se conhece como direitos subjetivos), enquanto a administração patriarcal carecia de caráter formal e não concedia direitos a ninguém, formulando mandatos concretos para cada caso.

Na administração patriarcal a probabilidade de obter uma decisão favorável não decorria do direito subjetivo dos interessados, mas tinha o sentido de um desejo do filho atendido pelo pai, configurando um traslado das soluções intrafamiliares das contendas para a associação política. Diferentemente da administração principesca estamental, a patriarcal repudiava o direito probatório formal, em favor da livre investigação da verdade<sup>16</sup>.

Embora com características muito distintas, estas tardias criações jurídicas principescas tinham em comum o repúdio ao formalismo mágico, com o qual entravam em conflito, e ambas iniciaram a *estruturação de um procedimento probatório relativamente racional* e formaram uma *unidade entre a administração principesca e a função judicial*. A penetração de elementos formalistas racionais resultou, portanto, das próprias **necessidades internas** da administração principesca e patrimonial.

---

<sup>15</sup> O conceito de patrimonialismo deve ser entendido de forma relacional ao poder e à dominação. Segundo LEMA, pode-se dizer que o “patrimonialismo se caracteriza pela ampla esfera de arbitrariedade e a correspondente falta de estabilidade, em oposição à estrutura das relações feudais”. LEMA, Sergio. O Patrimonialismo na Sociologia da Dominação Weberiana. In: *Max Weber: Direito e Modernidade*, p. 151.

<sup>16</sup> WEBER, Max. *Economia y Sociedad*, p. 626.

Naturalmente, por trabalhar WEBER com tipos ideais, estes não se encontravam de forma pura na sociedade, na administração de justiça principesco-patrimonial dominava uma combinação de elementos estamentais e patriarcais entre si e o procedimento formal das assembleias populares. A prevalecência de um elemento sobre outro era algo que dependia da forma de dominação exercida em cada administração, das condições políticas da mesma e das relações de poder que ela abarcava<sup>17</sup>.

Apesar da transformação imposta ao direito comum, este não sofreu nenhuma alteração em seu aspecto técnico devido ao seu caráter empírico completamente formalista. No caso da administração estamental, o formalismo do Direito experimentou, inclusive, uma intensificação, *sem que isto, entretanto, determinasse a exclusão de postulados materiais*<sup>18</sup>. Importante é verificar que a manutenção da característica técnica do Direito é apenas aparente, pois há uma profunda modificação na índole do formalismo dos procedimentos.

O formalismo que se instaura com o poder do *imperium*, diferentemente do formalismo mágico, pelo seu caráter racional, possibilita tanto ao *imperium* quanto às camadas burguesas *previsibilidade* e *calculabilidade* necessárias para a intensificação do poder e para a expansão do capitalismo mercantilista que se instaurava.

O surgimento do Direito de criação principesca, Direito este que tende a absorver as qualidades racionais formais próprias à administração e ao aparato burocrático do príncipe, e a penetração de elementos racionais formais na administração da justiça não foram determinados, entretanto, apenas pelas necessidades internas do príncipe. Aliados aos interesses do *imperium* de desenvolver um Direito ao lado do direito comum, contribuíram também para a estruturação racional dos procedimentos jurídicos as camadas racionalmente produtoras, ou seja, burguesas:

---

<sup>17</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 628.

<sup>18</sup> Os conceitos de materialidade e formalidade utilizados por WEBER para construção de seus tipos ideais de Direito, embora não sejam expressos, podem ser deduzidos, pois referem-se aos critérios de decisão empregados por um sistema jurídico, assim, “o Direito é formal, desde que os critérios e processos de decisão empregados sejam peculiarmente jurídicos, ou seja, se ele conduz a uma racionalização por razões puramente jurídicas; já aquilo que caracteriza o direito material é exatamente o oposto: o direito não está subsumido à sua própria lógica abstrata e coerência ideal, mas deve levar em consideração critérios de decisão extrajurídicos como, por exemplo, critérios de justiça, éticos, políticos ou religiosos” ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*, p. 130.

“Pero como lo revela el examen del contenido jurídico material del edicto, las necesidades mercantiles de la burguesía, unidas a la creciente intensidad del tráfico, crearon el procedimiento formulario en su reglamentación edictual”<sup>19</sup>.

A criação de procedimentos formais uniu-se à necessidade de eliminar os formalismos condicionados a concepções mágicas e de suprimir os meios irracionais de prova que eram insuportáveis para a burguesia.

Aos poucos, o predomínio dos privilégios estamentais e dos mandatos concretos patriarcais vai sendo substituído, em razão do interesse na crescente racionalidade, ou seja, no domínio crescente da igualdade jurídico-formal e das normas objetivas formais, interesse este compartilhado entre o príncipe e as camadas com as quais tinha o príncipe que se relacionar<sup>20</sup>.

A substituição do privilégio pelo regulamento serviu, a princípio, ambos interesses. Outra contribuição à penetração dos elementos formais foi o fato de ter-se colocado em dúvida a falta de limites do arbítrio patriarcal em favor, primeiro, de regras fixas e, depois, da criação de firmes pretensões dos súditos frente à justiça.

É muito importante verificar que as motivações do desenvolvimento da racionalidade jurídica *não se estabeleciam pela simples vinculação jurídico-formal* destinada ao cálculo de probabilidades ou à sistemática do Direito, mas pela necessidade de se estabelecer, *de um ponto de vista do conteúdo*, o que melhor atendia aos critérios econômicos, éticos, políticos ou utilitários destas autoridades. Pode-se dizer, portanto, que *a formalização do pensamento jurídico teve essencialmente caráter **material***.

“Por lo último, la existencia no solo de normas objetivas fijas, sino de “derecho” objetivo en sentido estricto es, cuando menos en el ámbito del derecho privado, la única forma segura de garantía de la sujeción a normas objetivas. Pero sobre tal garantía influyen intereses económicos de grupo que el príncipe en ocasiones favorece y desea asegurar, en beneficio de sus intereses fiscales y políticos. Naturalmente, **los burgueses interesados tienen que reclamar un derecho inequívoco, claro, sustraído al arbitrio administrativo irracional, así como a las interferencias irracionales producidas por privilegios concretos, que garantice de manera segura la obligatoriedad de los contratos y, a consecuencia de tales propiedades, pueda ser *previsible* en su funcionamiento. La alianza de los intereses del príncipe con los de las**

<sup>19</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 624.

<sup>20</sup> *Idem ibidem*, p. 628.

**capas burguesas constituyó por ello una de las más importantes fuerzas impulsoras de la racionalización jurídica formal”<sup>21</sup> (grifou-se)**

Esta aliança de interesses realizou-se, entretanto, não no sentido de uma cooperação direta destes poderes, mas no de que o racionalismo econômico privado das camadas burguesas *coincidiu* em grande medida com o racionalismo utilitário da administração realizada por funcionários burocráticos, que tampouco se manifestava sem reservas na direção dos interesses capitalistas<sup>22</sup>.

É interessante constatar que nas formas mais antigas do capitalismo os capitalistas apoiavam-se muitas vezes em privilégios principescos, tendo interesse, portanto, na criação e conservação do direito principesco-patrimonial e *não tinham interesse na criação de direitos subjetivos ou de regras fixas, já que seus privilégios passavam por cima do direito comum*<sup>23</sup>.

Com isto, pode-se afirmar que os ***intentos antiformalistas tiveram início com o próprio processo de racionalização jurídico-formal e que dele fazem parte, reforçando a tese da não-linearidade deste processo e da motivação material para inserção ou não de elementos formais no Direito.***

Apesar de terem sido os interesses da burguesia, dos funcionários burocráticos e do príncipe os maiores portadores da tendência à codificação do Direito, *não foram os únicos*. Também as classes política e economicamente dominadas viam na clareza e na vigência inequívoca da lei uma garantia contra os arbútrios do poder, fossem estes do príncipe ou de outros poderes dominantes.

Porém, a *liberdade das partes garantida* em grau máximo pela justiça formal<sup>24</sup>, relativamente à defesa de *interesses legais também formais*, tem que produzir sempre, *em virtude da desigualdade em que se acha dividido o poder econômico legalizado por ela, a consequência de que os postulados materiais da ética religiosa ou também da razão política, apareçam enfraquecidos. Mas precisamente neste caráter abstrato, não somente os economicamente poderosos e interessados na livre exploração de seu poder, como também*

---

<sup>21</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 628.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*, p. 629.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*, p. 629.

<sup>24</sup> Entende-se por justiça formal aquela adequada ao reconhecimento meramente formal da igualdade e da liberdade. Assim, uma justiça formal reconhece como juridicamente iguais pessoas pertencentes a grupos sociais, culturais e econômicos totalmente distintos.

***todos os portadores de tendências ideológicas que levavam a cabo a ruptura da sujeição autoritária, viam uma vantagem decisiva da justiça formal, tanto que na não formal, ao contrário, somente viam a probabilidade de um arbítrio absoluto e uma inconsistência subjetiva***<sup>25</sup>.

Pode-se dizer, ainda, que a preocupação de limitação ao poder de arbítrio do *imperium* ou de outro poder dominante por parte das camadas mais fracas expressava-se no sentido da formulação *não de um Direito sistemático, mas de um Direito claro e formal*, que permitisse resolver de maneira inequívoca os pontos controvertidos<sup>26</sup>.

A sistematização e o conseqüente surgimento das codificações não interessavam às classes burguesas e tampouco às classes dominadas. As codificações sistemáticas do Direito decorreram, além da necessidade de impor unidade ao reino do príncipe<sup>27</sup>, *de uma orientação própria da vida jurídica*, especialmente da produção didático-literária, através dos livros jurídicos:

“El sistema y la *ratio* jurídica son introducidos - en extensión limitada - por los prácticos del derecho. En primer término, por las necesidades de la enseñanza jurídica y, en toda su plenitud, por el trabajo de los funcionarios principescos. Són estos los auténticos sistemáticos de la codificación, por ser los naturalmente interesados en una sistemática **clara y fácil**”<sup>28</sup> (grifou-se)

A sistematização do Direito e a codificação tiveram outra conseqüência além da de proporcionar clareza e segurança ao ordenamento jurídico: a *capacidade de proposição das mais complicadas situações jurídicas*, adquirida com o ensino jurídico especializado, determinando a *preponderância dos juristas profissionais*, sobre os quais “há uma expectativa de que o jurista, devido a uma formação profissionalizada, *especializada* e não-humanista, se restrinja a uma ação mecânica e autômata diante da lei, por outro lado, paradoxalmente (...) de que a ação seja mais *criativa e valorativa*”<sup>29</sup>.

Assim, além da racionalidade formal ter-se constituído com a exclusão de postulados materiais – apesar de ter sido determinada por eles –, a educação

---

<sup>25</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 606-607.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 629-630.

<sup>27</sup> E, posteriormente, pelas necessidades internas decorrentes da aparição do Estado burocrático.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, p. 631.

<sup>29</sup> ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*, p. 177.

escolar formalista dos juristas acabou por constituir outro *óbice à uma administração de justiça voltada para a consecução de postulados materiais*, o que determinou, à diferença de outras administrações jurídicas patrimoniais, o selo jurídico formal que próprio à administração de justiça ocidental<sup>30</sup>.

Com a inevitável especialização crescente da vida técnica, surgiu a necessidade de recepção do direito romano pela administração de justiça do Ocidente, motivada pela necessidade da acolhida de suas *qualidades formais genéricas*. De outro lado, não havia em absoluto interesse na apropriação de suas determinações *materiais*.

A apropriação destas qualidades formais do direito romano foi também essencial para que a justiça principesca patrimonial no Ocidente não se caracterizasse como uma administração de justiça patrimonial de tipo material, quer dizer, orientada para a consecução de determinados postulados materiais, tais como o bem comum, especialmente em razão da influência da formação filosófica dos antigos juristas, fazendo com que o elemento *puramente formal* adquirisse muita importância no pensamento jurídico.

Com a recepção do direito romano, houve uma importante alteração na estrutura do pensamento jurídico. As produções jurídicas, apesar de basearem-se na lógica jurídica abstrata, não eram sistemáticas, devido ao fato de que uma produção jurídica ocasional destinava-se à solução de um dado caso, podendo ser descartada em outro. Nisto residia o caráter indutivo e empírico do Direito. A partir da apropriação de postulados formalistas do direito romano, o Direito ocidental passou a constituir o caráter dedutivo que lhe é peculiar. Isto se dá pelo processo no qual determinadas produções jurídicas ocasionais dos juristas romanos são descontextualizadas para se tornarem máximas jurídicas a serem aplicadas ao caso concreto de forma dedutiva.

Ou seja, produções jurídicas ocasionais e concretas dos juristas romanos, aplicadas de forma **indutiva e empírica**, são, através da perda de seu caráter concreto e contextual, transformadas em postulados jurídicos que serão aplicados **dedutivamente**.

---

<sup>30</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 633-634.



Desta descontextualização dos princípios jurídicos origina-se a “alienação da vida” do Direito puramente lógico, cuja consequência para os interessados é a *irracionalidade da qual pode revestir-se quando de sua discrepância em relação às expectativas existentes*<sup>31</sup>.

Portanto, embora as formas jurídicas tenham sido determinadas pela necessidade de ampliação do poder principesco e pela compatibilidade com as formas de circulação de bens, e, embora a penetração de elementos formais e a sistematização do Direito tenham sido determinadas por critérios materiais, e não por critérios internos à lógica jurídica abstrata ou a uma vinculação jurídico-formal, o Direito foi adquirindo crescentemente o selo formal que lhe é próprio, estruturado com a expulsão de interesses teleológicos e ético-materiais que visassem a uma justiça material e constituindo-se em contraposição a esta.

---

<sup>31</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 634-635.

### i.i.ii. As Qualidades Formais do Direito Natural

O direito revolucionariamente criado tinha a consciência, inédita, de ter sido elaborado de forma puramente racional, da qual decorria sua pretensão de estar livre de toda a sorte de “preconceitos históricos”. Além desta consciência, o direito natural possuía a característica *formal* de excluir do corpo das codificações todos os elementos não jurídicos, tais como notas didáticas e puramente morais, assim como toda a casuística<sup>32</sup>.

No direito natural<sup>33</sup>, certas premissas sobre o conteúdo de preceitos jurídicos foram equiparadas a axiomas, recebendo, para tanto, não a forma de regras jurídicas, mas a de *postulados ou máximas jurídicas*. Com isto, apenas o Direito que não contrariasse estes postulados jurídicos poderia ser considerado como legítimo. O conteúdo destas máximas possuía força obrigatória imediata e era incapaz de ser destruído por imposição do direito positivado<sup>34</sup>.

Assim, podemos entender que:

“Derecho natural” es el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino **en virtud de cualidades puramente inmanentes**: forma específica y única consecuente de la legitimidad de un derecho que queda cuando decaen la revelación religiosa y la santidad hereditaria de la tradición.”<sup>35</sup> (grifou-se)

Pode-se verificar, portanto, que o direito natural não se constituiu enquanto Direito pela legitimidade do legislador que o criou, mas, ao contrário, *ele próprio dotou o legislador de legitimidade*. A forma específica de legitimidade do ordenamento jurídico revolucionariamente criado provém, portanto, das qualidades

---

<sup>32</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 639.

<sup>33</sup> Interessa a este trabalho o estudo do Direito natural como discurso jurídico-político que legitimou as bandeiras revolucionárias dos liberais burgueses do séc. XVIII. A fim de justificarem o embate travado contra o Estado absolutista, os liberais lançaram mão da ideologia do direito suprapositivo, de caráter metafísico, que corresponderia à “Razão” desejada pela Natureza e passível de compreensão pelo homem. Para tanto, escolhe-se o conceito de Direito Natural formulado por WEBER.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 640.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, p. 640.

imanentes ao próprio direito natural, cujo conteúdo entende-se dotado de força legitimadora.

Por esta razão, todas as classes que se rebelavam contra a ordem existente, na ânsia de criação jurídica, quando não se apoiavam sobre a tradição ou sobre normas religiosas, *tinham de invocar o direito natural*.

Interessante notar que não apenas as classes que se rebelavam contra a ordem necessitavam apoiar-se no direito natural, mas também todos os *poderes autoritários* pretenderam revestir-se de uma justificação jusnaturalista<sup>36</sup>.

Caracterizava o *direito natural formal* o fato de que todo o direito tido por legítimo deveria fundar-se em um estatuto e este, por sua vez, deveria ter por base uma *convenção racional de vontade*, ou seja, embora ressalte WEBER que não seja possível falar-se em um direito natural puramente formal e desprovido de conteúdo, o elemento *formal* essencial do direito natural é justamente o *contrato teleológico* que lhe serve de base, estando o elemento *material*, inicialmente, reduzido à simples fórmula da não contradição da *razão*.

Enfim, sobre um contrato *primitivo* de homens livres estabelecer-se-ia a *forma* de criação do novo direito, cujo *conteúdo* não poderia contrariar os preceitos estatuídos naquele acordo<sup>37</sup>. Assim, os critérios de legitimação jusnaturalista do direito positivo vincular-se-iam tanto a elementos *formais* como a elementos *materiais*, sendo estes últimos marcados principalmente pelos “direitos de liberdade” e principalmente pela *liberdade contratual*<sup>38</sup>. Logo, o *contrato teleológico* sobre o qual repousava a base do sistema de direitos legitimamente adquiridos pressupunha uma *comunidade consensual surgida do pleno desenvolvimento da propriedade*, no tocante aos bens econômicos.

Esta pressuposição de uma comunidade consensual surgida do desenvolvimento da propriedade, base da doutrina liberal, serve ainda de suporte ao estatuto processual, que beneficia a concepção patrimonialista do Direito, reduzindo-

---

<sup>36</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 640.

<sup>37</sup> A norma hipotética fundamental de Kelsen tem este mesmo sentido. Um ordenamento jurídico se embasa numa norma primeira, que é o fundamento de legitimidade de todos os ordenamentos subseqüentes. No caso do Direito revolucionariamente criado, se rompe com a norma geral hipotética existente e se instaura uma nova ordem e um novo fundamento de legitimidade, que passa a constituir também uma norma hipotética fundamental. Com isto, Kelsen procurou responder ao problema do fundamento último de validade de um ordenamento jurídico. Consultar: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 215-246.

<sup>38</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 641-642.

o a aspectos meramente pecuniários e ressarcitórios, e a autonomia da vontade das partes, que, depois das iniciativas que privilegiavam o dirigismo contratual, de que pode ser exemplo o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, volta, com a Lei de Arbitragem, a ganhar força, implicando uma incapacidade do sistema jurídico em responder adequadamente a demandas não patrimoniais<sup>39</sup>.

É fácil, entretanto, inferir que na formulação deste contrato teleológico, assim como na formulação da consensualidade muitos são excluídos da livre participação<sup>40</sup>. Basta ver que o direito natural rechaça qualquer limitação não apenas à disposição dos bens de um indivíduo (proprietário), mas também à força de trabalho do homem (não proprietário), entendendo, para tanto, que, por exemplo, as normas de proteção ao trabalho atacam a liberdade de contratação. WEBER exemplifica o impedimento à limitação às disposições contratuais com decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, que até época recente anulava determinações que regulassem a contratação do trabalho, desde um ponto de vista formal, com base em postulados jusnaturalistas<sup>41</sup>.

Atualmente, no Brasil, há uma séria tentativa de restrição aos preceitos de proteção aos contratos de trabalho. Com base nos mesmos postulados de não intervenção à liberdade de contratação, associados, ainda, de forma simplista, às “leis do mercado”. A diferenciação dá-se pela inversão da forma em que o discurso da liberdade de contratação é utilizado: pretende-se que esta “liberdade” favoreça os próprios trabalhadores.

Como foi visto, o direito natural formal tinha por suposto um contrato racional celebrado livremente que impunha às ordens jurídicas dele originadas o respeito às suas máximas e que o elemento material restringia-se a não contrariar estes

---

<sup>39</sup> É a tese de MARINONI, para quem “A distinção entre ato ilícito e fato danoso cresce em importância quando se percebe que a unificação da categoria da ilicitude civil com a da responsabilidade por dano é o resultado de um **processo de evolução histórica que conduziu a fazer coincidir a tutela privada do bem com a reintegração do valor econômico** deste no patrimônio do prejudicado, esquecendo-se que bens de grande importância, e considerados vitais para o desenvolvimento da pessoa humana, não podem ser reintegrados pecuniariamente.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 61. (grifou-se)

<sup>40</sup> Muito interessante é abordagem da exclusão da participação da mulher na política da França, após a revolução francesa. Tendo adquirido papel importante no período revolucionário, as mulheres foram violentamente impelidas a voltarem aos lares na época da Constituição. A feminista Olympe de Gouges é o símbolo da luta nada pacífica que se travou naquele período pela igual participação das mulheres na vida política. Autora da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, foi condenada à guilhotina por não se ter limitado às ‘obrigações próprias ao seu sexo’. Consultar: BONACCHI, Gabriela e GROPPi, Angela. *O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres*.

<sup>41</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 642.

axiomas. Assim, para avaliar a legitimidade de um direito no sentido jusnaturalista, os critérios *materiais* eram a “natureza” e a “razão”. Natureza e razão vistas como coincidentes, ou seja, os conhecimentos que a razão do homem poderia atingir eram tidos como idênticos à natureza das coisas ou lógica das coisas. As “normas” obtidas por colaboração lógica de conceitos éticos ou jurídicos possuíam uma força obrigatória que nada, especialmente nenhum ordenamento jurídico, poderia ou deveria alterar.

Entretanto, a partir de preceitos segundo os quais o que conduzisse a resultados indesejáveis (partindo de determinados critérios materiais) não poderia ser o Direito querido pela natureza e pela razão, foi fácil inserir expressamente no conceito de *razão* certos critérios materiais que, de fato, já compunham implicitamente aquele conceito. Assim:

“En principio, el derecho natural formal se transformó en iusnaturalismo material tan pronto como la legitimidad de **un derecho adquirido no quedó ya ligado a notas jurídico-formales, sino económico-materiales de la forma de adquisición.**”<sup>42</sup> (grifou-se)

Paulatinamente o direito natural puramente formal sofreu várias intervenções que modificaram seu formalismo puro. A principal delas foi a necessidade de *adequar-se à realidade*, com a aceitação da aquisição de direitos legítimos decorrentes também de outras formas *além* do contrato racional livremente celebrado, em especial, a aquisição de *direitos decorrentes do direito consuetudinário*, do qual o direito à herança é um bom exemplo. Enfim, motivos materiais e construções artificiais no direito natural puro provocaram inclusive uma alteração no conceito de *razão* do direito natural. Impelida por considerações *utilitaristas*, a razão jusnaturalista, inicialmente derivável da ordem imutável da natureza e da lógica, desviou-se para o terreno do **razoável**, ou seja, do mais conveniente.

Para resolver os problemas decorrentes do direito revolucionariamente criado não poder atender certos interesses, sobretudo econômicos, que não encontravam respaldo no *contrato teleológico*, a solução foi encontrada através de meios *formais*,

---

<sup>42</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 643.

pressupondo-se a *inatingibilidade dos direitos adquiridos* de forma legítima sobre a base de uma *legislação positivada*<sup>43</sup>.

A virada decisiva do direito natural formal para o direito natural material ocorre pelo envolvimento com as teorias socialistas sobre “la exclusiva legitimidad de la adquisición en virtud del trabajo propio”<sup>44</sup>. Rechaçou-se, assim, não só a aquisição gratuita pelo direito hereditário ou monopólio concedido, mas inclusive o princípio formal da liberdade contratual e o princípio da legitimidade de todos os direitos adquiridos por contrato, devido ao fato de que toda a aquisição de bens, a partir das teorias socialistas, é julgada de um ponto de vista material em função da quantidade de trabalho para ela dispensada.

Evidencia-se, desta forma, o fato de que tanto o direito natural formal como o direito natural material têm muito fortemente demarcadas **relações de classe**. Enquanto o direito natural material exaltava a aquisição em virtude do trabalho, o direito natural formal exaltava a liberdade contratual e suas derivações, mais apropriadas aos interessados no mercado e na apropriação definitiva dos meios de produção<sup>45-46</sup>.

WEBER destaca uma progressiva dissolução e relativização de todos os axiomas metajurídicos. Em parte devido ao racionalismo jurídico, em parte pelo ceticismo do moderno intelectualismo em geral, a axiomática jusnaturalista caiu em profundo descrédito<sup>47</sup>.

O desaparecimento gradual das concepções jusnaturalistas aniquilou a possibilidade de atribuir ao Direito, em virtude de suas qualidades imanentes, uma dignidade supraempírica, desvendando-lhe *como produto e meio técnico de um compromisso de interesses*. A esta extinção de sua raiz metajurídica correspondeu um desenvolvimento ideológico que aumentou o ceticismo frente a dignidade dos preceitos do ordenamento jurídico, e que, paradoxalmente e precisamente por isto, *fomentou extraordinariamente a total submissão à autoridade*, submissão esta

---

<sup>43</sup> LAFER fala de uma ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, através da ordenação exaustiva das diferenças, derivada da idéia de sistema. Assim, transposta e positivada pela codificação, a visão jusnaturalista de um Direito ditado pela *razão* foi aos poucos se perdendo. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*, p. 39.

<sup>44</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 643.

<sup>45</sup> Mais uma vez se ressalta que o elemento formal não era isento de critérios materiais, fato que se evidencia a partir da virada do conceito de *razão* para o de razoabilidade, já explicada.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem*, p. 644.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 646.

valorizada agora só de modo utilitário e não mais baseada nos poderes que se ostentavam como legítimos. A desapareção da fé no direito natural desempenhou um papel de importância: também a classe dos juristas revelou relações ideológicas típicas com os poderes sociais. Entretanto, inclinou-se com maior força do que nunca ao lado da “ordem”, ou seja, ao lado dos poderes políticos autoritários e “legítimos” dominantes<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 647.

### **i.i.iii. As Qualidades Formais do Direito Moderno**

É possível afirmar que as qualidades formais do direito desenvolveram-se desde o formalismo mágico, através de uma racionalidade material e antiformalista com destino a fins, para a sistematização e crescente racionalização jurídica especializada, ou seja, para uma maior sublimação lógica e uma crescente força dedutiva do direito e para uma *técnica crescentemente racional do procedimento jurídico*<sup>49</sup>.

Muitas são as características apontadas por WEBER sobre o Direito moderno<sup>50</sup>. Entre elas a crescente especialização das áreas de atuação do Direito e, conseqüentemente, o crescente *particularismo* do Direito, que perde cada vez mais suas características genéricas. Apesar de haverem desaparecido os procedimentos e as jurisdições estamentais e portanto os privilégios ou direitos de caráter particular ou pessoal, não houve o desaparecimento das jurisdições especiais, ao contrário, pode-se falar em um *crescente particularismo do Direito* e no aumento das jurisdições especiais, de que pode servir de exemplo o direito mercantil.

Aos modernos direitos particulares específicos correspondem numerosos *tribunais de caráter especial*. Os fundamentos da aparição de tais particularismos estão, entre outros, no resultado da diferenciação profissional e na expectativa por parte dos interessados na *solução técnica e profissional* mais adequada para seus negócios<sup>51-52</sup>.

---

<sup>49</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 650.

<sup>50</sup> O Direito moderno caracteriza-se pelo primado da lei, do princípio da segurança jurídica, da necessidade de fundamentação das decisões judiciais (como garantia de submissão à lei), resultado do processo de racionalização que impulsionou o Direito à previsão e ao cálculo, tratado nos itens anteriores (i.i.i e i.i.ii). Caracteriza-se também pela unidade política decorrente da força da burguesia. É interessante notar que tais características são próprias de um Direito adequado a um Estado Legal ou Estado de Direito e distintas de um Direito próprio de um Estado Constitucional (em que a unidade política é possível através da Constituição normativa, apta a harmonizar as controvérsias inerentes às sociedades pluralistas). Consultar: SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*, p. 5-45.

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, p. 649.

<sup>52</sup> Pode-se afirmar que os particularismos asseguram tribunais de caráter especial, bem como procedimentos especiais. No entanto, nem todos têm a solução técnica mais adequada. Ao contrário, os procedimentos especiais destinam-se a poucos privilegiados, restando “O procedimento ordinário (...) às partes mais pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos” ao passo que “(...) o procedimento ordinário, que sempre foi o único remédio jurisdicional disponível ao cidadão comum, jamais constituiu óbice às aspirações da classe dominante, à medida que esta,



No Ocidente, a dominância dos juristas profissionais especializados foi alcançada em sua plenitude, fenômeno no qual influíram poderosamente fatores de ordem econômica, que direcionaram sua influência para a racionalização e sistematização do Direito, o que em geral significou para os interessados no mercado, **com a reserva de uma limitação posterior** (garantia que adquire particular relevância face à tensão constante entre as racionalidades formal e material), *uma crescente possibilidade de cálculo de funcionamento da administração da justiça, que é uma das mais importantes condições prévias das explorações econômicas de caráter permanente*<sup>53</sup>, assegurada através de meios técnicos puramente formais, tais como as formas especiais dos negócios jurídicos e dos procedimentos especiais.

Por outro lado, o desenvolvimento jurídico moderno encerra **tendências favoráveis à desapareição do formalismo jurídico**. A desapareição do direito probatório de tipo formal em favor da “livre apreciação da prova” *parece à primeira vista ter um caráter essencialmente técnico*.

Entretanto, **a supressão do caráter formal na época moderna, através de meios técnicos**, como é o exemplo da “livre apreciação da prova”, **encerra uma racionalização material, para além de qualquer essência técnica**. Para WEBER, a extensão e os limites da livre apreciação da prova acham-se condicionados primordialmente pelos “interessados no tráfico”, quer dizer, por razões econômicas<sup>54</sup>. Assim, *atravessando o caráter técnico desta transformação evidenciam-se os critérios materiais da mudança*.

Entre outras tendências favoráveis ao desaparecimento do formalismo jurídico pode-se incluir a necessidade de que a lógica jurídica possa atender às expectativas dos particulares. A isto se deve o fato de que a lógica jurídica pura determina a construção (ou reconstrução) dos fatos da vida de acordo com proposições jurídicas abstratas. A consequência inevitável da sujeição a esta máxima é a *incapacidade de apreender os fatos da vida tais como são*, deformando-os, e, com isto, não poder responder às demandas propostas:

---

patrocinando o *lobby*, sempre conseguiu procedimentos diferenciados para a tutela dos seus interesses”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, p. 20.

<sup>53</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 650-651.

<sup>54</sup> *Idem, ibidem*, p. 650.

“Lo que conduce a tales resultados no es una necesidad específica de la moderna jurisprudencia, sino en gran medida consecuencia inevitable de las dispares legalidades *lógicas* propias de todo o pensamiento jurídico formal, frente a las acciones jurídicamente relevantes de los interesados y a los convenios realizados con el fin de obtener resultados *económicos* y expectativas *económicamente* calificadas. De aquí que surja siempre la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal. (...) **Pero sin renunciar totalmente a ese carácter formal que le es inmanente, el derecho de los juristas no puede ni ha podido nunca satisfacer en plenitud esas expectativas.**”<sup>55</sup> (grifou-se)

Para WEBER, as diversas exigências materiais dirigidas ao Direito, sejam exigências sociais da democracia ou decorrentes dos problemas de classe, especialmente da classe trabalhadora, questionam radicalmente o formalismo do Direito, ao exigir *um Direito social sobre a base de postulados morais*, tais como a justiça e a dignidade humana. Para ele, os ensaios tendentes a repudiar os contratos leoninos, por exemplo, descansam sobre normas antiformais, que *não teriam caráter jurídico*, mas somente ético, e pretenderiam representar uma *justiça material em vez de uma legalidade formal*<sup>56</sup>.

É possível verificar aqui um paradoxo no pensamento weberiano, pois como foi salientado inúmeras vezes no texto, também os *postulados sobre os quais repousa a legalidade formal são de ordem material*. Como o próprio autor sublinhou, *as qualidades formais do Direito expressam a relação de luta entre classes*, e esta se baseia em critérios materiais, sejam econômicos, utilitários, éticos ou políticos, e não em puros critérios formais. Assim, se se considera que um Direito social elaborado sobre a base de postulados morais repousa sobre normas antiformais que não têm caráter jurídico, tem-se igualmente que despojar de caráter jurídico a legalidade formal, pelo fato de que esta repousa predominantemente sobre critérios econômicos das classes autoritárias e dominantes.

Paralelamente às expectativas dos particulares, surgem as ideologias internas dos juristas preocupados com a situação dos *autômatos* jurídicos ligados a simples interpretação de contratos e artigos de lei, atividade que lhes parece *subalterna* e que faz exigir uma atividade “criadora”, especialmente por parte do juiz, ao menos naqueles casos em que a lei emudece. Com isto, teve-se a consequência de que a doutrina do “direito livre” intentasse a demonstração de que as omissões

---

<sup>55</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 652.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 653.

representam o destino inevitável de todas as leis, frente a irracionalidade dos fatos, pelo que só em aparência existe simples interpretação e a decisão é e tem que ser emitida não de acordo com normas formais, mas com juízos concretos de valor.

Para WEBER, uma judicatura de acordo com o que se considera o *ideal* teria que prescindir desde o princípio de uma referência a tais normas abstratas e, ao menos em caso de conflito, que admitir estimações inteiramente concretas, quer dizer, *uma decisão não só não formal, como inclusive irracional*<sup>57</sup>.

É conveniente, aqui, inserir o questionamento de ARRUDA JR. sobre os dualismos em que recaem as discussões entre justiça formal/justiça material, racionalidade formal/racionalidade material, alertando que este tipo de raciocínio bipolarizador obstrui a mediação institucional e os *novos sentidos para a efetividade do Direito*<sup>58</sup>. Entende-se possível uma tensão permanente entre a racionalidade formal e a racionalidade material presentes nas formas jurídicas, pois que as mesmas *não são incompatíveis*, mas complementares, integrando uma relação de constante redefinição. Ainda de acordo com ARRUDA JR., “mesmo quando se trata de demandas sociais legítimas, devem ser ajustadas a critérios jurídico-formais”<sup>59</sup>. Não parece, portanto, adequado falar-se nem em uma justiça material que exclua critérios formais, como tampouco em uma justiça formal isenta de postulados materiais. Aliás, como já foi ressaltado, a racionalidade material está claramente presente na legalidade formal. O que se deve questionar é a partir de *quais* critérios valorativos, ademais *sempre* existentes no Direito positivo formal, designar-se-á o Direito como *ideal*<sup>60</sup>.

Tendo em vista o estabelecimento de princípios jurídicos inteiramente novos, às vezes inclusive *contra legem*, é possível perceber que a doutrina moderna sobre

---

<sup>57</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 653.

<sup>58</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social: Ensaios de Sociologia Jurídica*, p. 143.

<sup>59</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Idem*, p. 74.

<sup>60</sup> Sobre a necessidade de que a Teoria do Direito enfrente as discussões sobre um conceito de justiça, destacam-se aqui as idéias de LÓPEZ CALERA, para quem a crítica kelseniana aos questionamentos éticos e políticos do Direito foi assumida com muita radicalidade e “se há dejado la teoría del derecho inmersa en un terreno de *cientificidad y de asepsia valorativa* que impide desvelar los principios y las consecuencias reales a las que sirve y no debe servir, desde un punto de vista de la justicia, un sistema jurídico” (LÓPEZ CALERA, Nicolás. *Derecho y teoría del derecho en el contexto de la sociedad contemporánea*. In: O Novo em Direito e Política, p. 45) e CAMPUZANO, para quem é necessário fazer descer a justiça de seu pedestal, tornada uma razão suprahistórica e imutável carente de sensibilidade social (CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Notas para un debate contemporáneo sobre la justicia*. In: O Novo em Direito e Política, p. 60).

as fontes do Direito destruiu a noção histórica de “vontade do legislador”, obtenível através do estudo do processo de formação da lei. Para a jurisprudência moderna, o jurista não tem que ver com o “legislador”, mas com a “lei”<sup>61-62</sup>.

Enfim, para WEBER, a precisão jurídica do trabalho é *rebaixada* quando em lugar de conceitos jurídicos se fazem intervir considerações de ordem sociológica, ética ou econômica nas sentenças. O movimento pela atividade criadora do juiz é, em resumo, uma das reações características contra o domínio da “especialização” e do racionalismo<sup>63-64</sup>.

Outra tendência moderna que se opõe ao puro formalismo jurídico decorre da idéia de implantação de *critérios axiológicos objetivos*. A convicção de que os ordenamentos jurídicos representam uma “pura” técnica é vista como degradação, combatida com energia pelos juristas para os quais, para além do direito positivo, considerado um direito mutável e em grande medida técnico, ressurgiu a idéia de um *Direito ultrapositivo*<sup>65-66</sup>.

Por fim, inclui-se entre as tendências favoráveis à informalização do Direito, de forma destacada, o direito mercantil, do qual decorre, além da necessidade de diferenciação profissional antes mencionada, a necessidade de *elidir as formalidades* do procedimento jurídico comum no interesse de uma administração de

---

<sup>61</sup> Para Kelsen, por exemplo, o objeto da ciência jurídica é as normas jurídicas, o sistema de normas em vigor (estática jurídica). Os atos de aplicação e de produção do Direito apenas interessam quando formam o conteúdo de uma norma jurídica, como é o caso das normas que regulam a produção e a aplicação legal (dinâmica jurídica). Consultar: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 79-119.

<sup>62</sup> Deve-se ressaltar (1) a importância de Kelsen em seu momento histórico para determinar um método propriamente jurídico e constituir um objeto de conhecimento da ciência jurídica dissociado do Direito em si; e (2) que na teoria kelseniana é difícil determinar em que momento termina a teoria e começa a ideologia, da qual se pode dizer que *prescreve descrever*, pois estabelece um Direito neutral a partir de uma metajurisprudência ideologizada. Consultar: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*, p. 201-223.

<sup>63</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 659.

<sup>64</sup> Se, pelos motivos expostos anteriormente, não se está de acordo com a substituição dos conceitos jurídicos por considerações sociológicas, sociais e econômicas, tampouco se ignora a importância da interdisciplinaridade entre estas disciplinas e a ciência jurídica e da possibilidade enriquecedora da atividade do juiz, quando este é dotado de uma educação que contemple aquelas matérias. Consultar sobre magistratura culturalmente esclarecida: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*, p. 157.

<sup>65</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 654-655.

<sup>66</sup> A idéia de um direito ultrapositivo é encontrada, entre outros autores, em PERELMAN, para quem o direito positivo é indissociável de juízos de valor, tanto que a integração no direito positivo de regras e valores diferentes dos reconhecidos pela lei seria a conciliação da lei com a justiça, pelo que “O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam” PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, p. 392.

justiça mais rápida e melhor ajustada ao caso concreto. Isto significa praticamente um *debilitamento do formalismo jurídico, motivado por interesses materiais*<sup>67</sup>.

É importante, portanto, ressaltar que WEBER vê nas *tendências informalizadoras do Direito moderno uma acentuação dos particularismos*, interessados numa administração de justiça mais célere e capaz de adequar-se às necessidades do desenvolvimento *comercial e industrial*, confirmando a não linearidade do processo de formalização do Direito que marcadamente, desde a intervenção do poder de *imperium* sobre as qualidades formais do Direito, sofre as influências impostas pelo capitalismo, em suas diferentes fases, *tanto podendo requerer como rechaçar a formalização, sempre visando atender aos critérios do crescimento do capital*.

Semelhante à abordagem de WEBER é a realizada por GENRO, sobre a desregulamentação da legislação trabalhista nos países que vêm adotando a política neoliberal:

“Ocorre que as Constituições, os códigos trabalhistas, civis e comerciais, os quais sintetizam toda a cultura jurídica contemporânea (...) já não mais são suportados pelo capitalismo monopolista da “sociedade informática” (...) O processo de acumulação que lhe é subjacente, exige mais liberdade nas formas de acumulação, mais respeito à “livre iniciativa”, um menor regramento para liberar a atividade econômica (...) alguns elementos já visíveis no novo Direito da “sociedade informática” tendem a ensejar um largo período de mudanças na lei e na jurisprudência, reduzindo, inclusive, a “previsibilidade” do sistema legal.”<sup>68</sup>

É esta perspectiva weberiana da informalização do Direito que se pretende acrescentar às recentes iniciativas teóricas pela *informalização* do Direito, as quais apostam nesta tendência como portadora de uma potencial democratização do Judiciário no tocante à questão do acesso à justiça relativamente aos meios alternativos de resolução de controvérsias<sup>69</sup> e que serve a muitos autores como justificativa sócio-política à utilização da arbitragem privada no Brasil.

---

<sup>67</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 648-649.

<sup>68</sup> GENRO, Tarso. Nova Crise do Direito e do Estado. *Revista Direito em Debate*, p. 31-32.

<sup>69</sup> É o caso de Ada Pellegrini, para quem os meios alternativos ao processo e a *deformalização das controvérsias* “inserir-se dentro de um conceito mais abrangente de política judiciária, pelo que se deixam de lado os aspectos negociais da transação ou as características não jurisdicionais da arbitragem, para ver a esta, assim como a conciliação, mesmo quando pré-processual, como técnicas utilizadas para o adequado acesso à Justiça e à ordem jurídica justa”. Consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. In: *Revista de Direito Público* nº 98, p. 20.

Enfim, cabe salientar que todas as espécies de repúdio da sistemática jurídica puramente lógica desenvolvida na ciência do Direito são *conseqüência da racionalização do pensamento jurídico*<sup>70</sup>, ou seja, tanto as iniciativas formalizadoras do Direito responsáveis pela crescente sublimação lógica imposta ao mesmo, como também as tendências de informalização decorrentes das necessidades oriundas dos particulares, no tocante à exigência de atendimento de suas expectativas, como as decorrentes das necessidades internas do estamento dos juristas, seja para resgatar a dignidade do trabalho do jurista, reduzido a mera interpretação lógica de sentido, seja para imprimir ao Direito critérios objetivos de valor, e sobretudo as necessidades atuais dos capitalistas, interessados numa justiça rápida e informal, ***integram ambas o processo de racionalização do Direito***, processo este não linear, que equaciona as tensões inerentes às racionalidades formal e material.

---

<sup>70</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 655.

### **i.ii. O Estado, o Neoliberalismo<sup>71</sup> e a Informalização do Direito**

“Não era um adulator, nem quando menino, nem quando homem feito, porém, desde a infância, sentira-se naturalmente atraído pelas pessoas que ocupavam posição elevada na sociedade, tal como as mariposas pela luz, e assimilava-lhes as maneiras e as opiniões, forçando ainda relações amistosas com elas.” Liev Tolstói. *A Morte de Ivan Ilitch*.

Analisado o processo pelo qual o Direito adquiriu as características racionais e formais que lhe são inerentes e sua não-linearidade, ou seja, o fato de que este processo foi marcado pela presença de iniciativas informalizadoras paralelas às iniciativas formalizadoras, ainda que estas tenham sobressaído-se às primeiras, convém analisar o momento de informalização vivido atualmente, decorrente da implantação do projeto neoliberal no Brasil.

Como foi visto, a proposta informalizadora e desregulamentadora de direitos decorrente do projeto neoliberal não é inovadora. Ao contrário, tendo a racionalidade formal do Direito sido impulsionada principalmente pela racionalidade material das camadas que detinham poder político e poder econômico, pode-se afirmar que a medida de formalização e de informalização do Direito: 1. Esteve sempre ligada aos interesses destas classes; e 2. Sempre constituiu-se como resultado provisório de uma tensão que não se esgota.

Necessário, portanto, compreender o projeto neoliberal em aplicação nas políticas públicas brasileiras e o processo de flexibilização, desregulamentação e informalização dos direitos que ele traz consigo, compreensão que implica conhecer o papel que o Estado vêm ocupando neste processo, bem como o papel que deveria ser por ele ocupado e, finalmente, reconhecer a que interesses visam a atender as transmutações impostas ao Direito, para poder-se então responder às perguntas que serão propostas no capítulo segundo deste trabalho.

---

<sup>71</sup> Ver conceito de neoliberalismo na página 46.

### **i.ii.i. Estado e Direito: Duas Concepções Ampliadas**

Foge aos propósitos deste trabalho mencionar a origem e o desenvolvimento histórico do Estado ou citar as distintas concepções de Estado desenvolvidas por diversos autores.

Entretanto, ao estabelecer-se o objetivo de estudar as implicações do projeto neoliberal para o Direito, surge a necessidade de avaliar estas mesmas implicações para o Estado e, portanto, de definir qual o conceito de Estado que melhor serve a este objetivo.

Habitualmente a formação do Estado moderno é tratada pelos autores, sobretudo os juristas, como mera evolução ou aperfeiçoamento de outros tipos históricos de Estado, induzindo à crença da existência de uma teoria *universal* do Estado, constituído pelos elementos *território, povo e poder soberano*<sup>72</sup>. Ver-se-á adiante que a globalização econômica e política fragiliza estas categorias, impondo a necessidade de questioná-las e repensá-las.

A concepção hegeliana de Estado, por concebê-lo como encarnação de uma razão e de uma moralidade absolutas, dotado de um impulso evolutivo resultante de uma marcha da natureza que se torna consciente de si mesma e portanto capaz de harmonizar e unificar os particularismos, coloca-o acima do indivíduo e da sociedade. A liberdade consistiria na subordinação da participação da pessoa à esfera da liberdade estatal e a felicidade na sujeição da individualidade à totalidade do Estado.

A sociedade civil seria um *meio* de que se vale o Estado para concretizar seus fins, uma vez que o Estado seria um ideal racional em progressão.<sup>73</sup>

Apesar do Estado hegeliano assumir certo caráter conservador, presente na subordinação e sujeição e, portanto, na redução do indivíduo, MARX viu em HEGEL o mérito de, ao verificar a integração da sociedade burguesa histórica com o Estado, perceber que a separação entre sociedade civil e política é inexistente<sup>74</sup>, contribuição a partir da qual pôde afirmar a presença no fenômeno estatal do seu

---

<sup>72</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos Para uma Crítica do Estado*, p. 21.

<sup>73</sup> *Idem*. *Ideologia, Estado e Direito*, p. 65-68.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.



*caráter de classe*, afastando a aparente superioridade e autonomia do Estado em relação à sociedade:

“A *gênese* do Estado reside na divisão da sociedade em classes, razão porque ele só existe *quando e enquanto* existir essa divisão (que decorre por sua vez das relações sociais de produção); e a função do Estado é precisamente a de conservar e reproduzir tal divisão, garantindo assim que os interesses particulares de uma classe se imponham como o interesse geral da sociedade. Marx, Engels e Lênin examinaram também a *estrutura* do Estado: indicaram na repressão – no monopólio legal e/ou de fato da coerção e da violência – o modo principal através do qual o Estado em geral (e, como tal, também o Estado capitalista liberal) faz valer essa sua natureza de classe. Em suma: os “clássicos”, tendencialmente, identificam o Estado – a máquina estatal – com o conjunto de seus *aparelhos repressivos*.”<sup>75</sup>

Porém, como adverte LYRA FILHO, em conhecida crítica<sup>76</sup>, para que se possa ter uma compreensão dialética de Direito, uma compreensão que não se esgote nos modelos antitéticos<sup>77</sup> do positivismo jurídico ou do jusnaturalismo, ambos incapazes de explicar-lhe a gênese, o primeiro por reduzir todo o Direito à ordem legal representativa dos interesses das classes dominantes e o segundo por insistir na medida da justiça das normas jurídicas sem entretanto definir-lhe os critérios da medição, necessário é “alargar o foco do Direito”<sup>78</sup>, o que implica uma *compreensão dialética do Estado*, visto através de uma concepção ampliada.

Nesta perspectiva, convém resgatar as considerações de GRAMSCI, que, em carta de sete de setembro de 1931 dirigida à sua cunhada Tatiana, escreve sobre a função dos intelectuais e a concepção de Estado. O papel dos intelectuais seria o de criar a hegemonia de um grupo social sobre toda a sociedade, através das organizações privadas. O exercício da hegemonia para além da ditadura ou da coerção seria fundamental inclusive para a manutenção do poder pelo grupo hegemônico. Para tanto, era necessário que o Estado não fosse entendido tão-somente como sociedade política, ou seja, como aparelho coercitivo para “moldar a

<sup>75</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*, p. 89.

<sup>76</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*, p. 33-66.

<sup>77</sup> Ou falsamente antitéticos, como afirma José Eduardo Faria, para quem o dilema entre os dois modelos apenas aparentemente existe, uma vez que o jusnaturalismo, para o autor, não é mais do que um positivismo transcendente, ou seja, a reivindicação de que um direito positivo seja inerente ao homem. FARIA, José Eduardo. Positivismo x Jusnaturalismo: Um Falso Dilema. In: *Revista Direito Achado na Rua*, p. 23-26.

<sup>78</sup> LYRA FILHO, Roberto. *Idem*, p. 10.

massa”, mas como “**equilíbrio da Sociedade política com a Sociedade civil**”<sup>79</sup> (grifou-se).

A idéia de Estado como equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil compreende a tese marxista de que todo Estado é um Estado de classe, apreendendo-a e superando-a, sem reduzi-lo ao conjunto de seus aparelhos repressivos. O Estado e seu caráter de classe expressam-se através da **articulação** entre os aparelhos repressivos e os *aparelhos privados de hegemonia*, os últimos responsáveis pela esfera de **mediação cultural e política entre a infra-estrutura econômica e o Estado em sentido restrito**<sup>80</sup>, pois “(...) na realidade, **cada elemento social homogêneo é “Estado”**, representa o Estado na medida em que adere ao seu programa; de outro modo, confunde-se o Estado com a burocracia estatal.”<sup>81</sup>

Assim, o Estado em sentido amplo comporta duas esferas, a da **sociedade política** ou “Estado em sentido restrito” ou ainda “Estado-coerção”, formada pelo conjunto dos mecanismos através dos quais a classe dominante detém o *monopólio legal da violência* e a da **sociedade civil**, formada pelo conjunto de organizações responsáveis pela elaboração e difusão das ideologias e pela organização da cultura, através de organismos sociais coletivos *voluntários e relativamente autônomos* em face à sociedade política, chamado de aparelhos privados de hegemonia.

Tanto uma esfera quanto a outra visam a conservar e promover os interesses da classe social fundamental. Entretanto, cada uma delas possui um *modo* diferenciado de encaminhar seus interesses, destacando-se na esfera da sociedade civil a busca do **consenso**, através do direcionamento político, que também *ensina e educa o consenso*<sup>82</sup>.

É, portanto, a articulação e mediação entre estas duas esferas que formam o Estado em seu sentido amplo, que é *ditadura + hegemonia*, ou seja, *hegemonia revestida de coerção*<sup>83</sup>, idéia que é retratada por GRAMSCI através da figura do Centauro, cuja natureza dúplice explicita a presença, no Estado, de “seu lado

<sup>79</sup> GRAMSCI, Antônio. Cartas do Cárcere. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.223-225.

<sup>80</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*, p. 87.

<sup>81</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 184-185.

<sup>82</sup> “O Estado tem e solicita o consenso, mas também “educa” esse consenso através das associações políticas e sindicais, que são porém organismos privados, deixados à iniciativa privada da classe dirigente.” GRAMSCI, Antônio. *Gramsci*, p. 189.

<sup>83</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*, p. 91-92.

*animal*, da dominação, da coerção; o outro lado, a *metade humana*, é constituído pela sociedade civil, pela hegemonia, pelo consenso, pelo diálogo.”<sup>84</sup>

O equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil é determinado pela *relação de forças políticas*, medida pelo grau de homogeneidade, de autoconsciência e de organização alcançado pelos diversos grupos sociais. GRAMSCI distingue três etapas de organização dos grupos sociais. A mais elementar é a econômico-corporativa, em que se sente a necessidade de organização e de formação da unidade de um grupo profissional, a fim de melhor atender aos interesses imediatos deste.

Um grau mais elevado de autoconsciência revela a necessidade de solidariedade entre todos os membros de um mesmo grupo social, mas apenas no campo econômico. Embora neste momento de organização se estabeleça um debate em torno da questão do Estado, apenas se visa a alcançar *uma igualdade político-jurídica com os grupos dominantes*, reivindicando-se o direito a participar da legislação e da administração inclusive para reformá-las, dentro dos quadros existentes.

Na terceira etapa adquire-se a consciência de que inclusive os interesses corporativos superam o grupo econômico original e devem tornar-se os interesses de outros grupos. Este momento é o mais político e assinala a *passagem da estrutura para a esfera da superestrutura, do objetivo para o subjetivo, do momento egoístico-passional para o ético-político* e que GRAMSCI chama de **catarse**.<sup>85</sup>

Assim é que **o Estado é um organismo próprio de um grupo social**, destinado a criar as condições mais favoráveis à expansão deste grupo. Estas condições são apresentadas, entretanto, como **condições de desenvolvimento universal**.

Há, portanto, a coordenação entre o grupo dominante e os interesses dos grupos dominados e **“a vida estatal é concebida como uma contínua formação e superação de equilíbrios instáveis (no âmbito da lei) entre os interesses do grupo fundamental e os interesses dos grupos subordinados; equilíbrios em que os**

---

<sup>84</sup> BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social*, p. 66.

<sup>85</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 49-50; COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*, p. 70.

interesses do grupo dominante prevalecem *até um determinado ponto*, excluindo o interesse econômico-corporativo estreito.”<sup>86</sup> (grifou-se)

A idéia de que os equilíbrios entre os interesses da classe fundamental e dos grupos subordinados são formados e superados *no âmbito da lei* nos remete a uma compreensão enriquecida do Direito, à semelhança da concepção ampliada de Estado. Se a noção de Estado conduz à idéia de articulação entre sociedade civil e sociedade política e se os resultados deste processo de mediação implicam a prevalência dos interesses do grupo fundamental *até certo ponto*, ou seja, deparando-se com limites, que são estabelecidos, entre outras, pela esfera legal, isto conduz a uma visão dialética do Direito que, assim como o próprio Estado, não pode ser visto como fenômeno *meramente repressivo*.

Também no Direito manifesta-se, portanto, a dúplici natureza centáurica, composta de coerção e de consenso. Ainda que o próprio Direito possa ser visto como instituição apta a *educar o consenso*, também nele o consenso é determinado pela *relação de forças políticas* que permitem a certos interesses prevalecer, mas nunca de forma absoluta. Isto porque o Direito expressa a luta de classes, mesmo que de forma assimétrica<sup>87</sup>, e como resultado desta luta ou mediação, tem-se, paralelamente aos interesses da classe fundamental, predominantes, os interesses dos grupos subalternos garantidos por meio de princípios jurídicos.

Assim, embora GRAMSCI afirme que o Direito é o aspecto repressivo e negativo de toda a atividade positiva desenvolvida pelo Estado<sup>88</sup>, ao mesmo tempo defende a utilização de atividades premiadoras pelo Direito<sup>89</sup>, pois a finalidade do Direito, assim como de outros organismos, como a escola e a igreja, é a de **criar as condições de um determinado modo de vida** desejado e programado pelo Estado:

“Em virtude do fato de que se atua essencialmente sobre as forças econômicas, reorganiza-se e desenvolve-se o aparelho de

---

<sup>86</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 49-50.

<sup>87</sup> “(...) a negação de que o Estado e o direito condensam relações de força, ainda que assimetricamente – nas sociedades capitalistas em geral – leva a alguns equívocos ao pensar a racionalidade jurídica moderna.” ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social: Ensaio de sociologia jurídica*, p. 133.

<sup>88</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 97.

<sup>89</sup> Segundo José Reinaldo, o que dificulta a utilização de sanções premiais no Direito é a tradição liberal que prende o jurista ao passado, contrariando as necessidades de uma sociedade cada vez mais planejada. LIMA LOPES, José Reinaldo de. A Função Política do Poder Judiciário. In: *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. Org.: FARIA, José Eduardo, p. 123-144.

produção econômica, inova-se a estrutura, **não se deve concluir que os elementos da superestrutura devam ser abandonados a si mesmos**, ao seu desenvolvimento espontâneo, a uma germinação casual e esporádica. O Estado, inclusive neste campo, é um instrumento de “racionalização”, de aceleração e de taylorização, atua segundo um plano, pressiona, incita, solicita e “pune”, pois, criadas as condições em que um determinado modo de vida é “possível” (...)”<sup>90</sup> (grifou-se)

E ainda:

“Se cada Estado tende a criar e a manter certo tipo de civilização e de cidadão (e, portanto, de convivência e de relações individuais), tende a fazer desaparecer certos costumes e hábitos e a difundir outros, o direito será o instrumento para este fim (ao lado da escola e de outras instituições e atividades) e deve ser elaborado de modo que esteja conforme ao fim e seja eficaz ao máximo e criador de resultados positivos.”<sup>91</sup>

Logo, reconhecida a função promotora da criação de condições de um determinado modo de vida, o Direito, junto a outros organismos como a escola, é também *aparelho privado de hegemonia* e tem, conseqüentemente, valorizado um papel de **mediação cultural** entre os interesses do grupo fundamental e dos grupos subordinados. E, sendo a cultura “um meio privilegiado de superar o individualismo, de despertar nos homens a sua consciência universal”<sup>92</sup>, o Direito não pode ser reduzido a mero epifenômeno repressivo e negativo:

“Em toda a obra de Maquiavel encontram-se esparsos princípios gerais de direito constitucional, e ele afirma, com bastante clareza, a necessidade de que no Estado domine a lei, **princípios fixos segundo os quais os cidadãos virtuosos possam atuar seguros de que não cairão sob os golpes do arbítrio.**”<sup>93</sup> (grifou-se)

No plano cultural, seu aspecto pedagógico ganha especial relevo quando se trata da *internalização das máximas jurídicas pelos cidadãos*. A conscientização, por parte dos destinatários das normas jurídicas, da importância das mesmas, é etapa fundamental para a efetivação dos direitos, sobretudo dos que representam garantias ante os interesses da classe hegemônica. É o que se chama de plano da

---

<sup>90</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 96.

<sup>91</sup> *Idem, ibidem*, p. 96.

<sup>92</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*, p. 23-24.

<sup>93</sup> GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 98.

*legalidade sonogada*<sup>94</sup>, em que há a exigência de efetivação dos direitos conquistados e positivados.

Assim é que o Direito *não* deve ser visto *apenas* como meio de repressão das classes subalternas e de manutenção e conservação do poder da classe hegemônica, mas também como mediador dos interesses conflitantes, apto a produzir equilíbrios garantidos através de princípios jurídicos. A partir desta perspectiva enriquecida do Direito é que se deve analisar as conseqüências do neoliberalismo para a esfera jurídica, que se verá a seguir.

---

<sup>94</sup> Edmundo ARRUDA elaborou tipologia para as práticas jurídicas orgânicas, distinguindo três tipos ideais que devem ser estudados de forma relacional para compreender o sentido da racionalidade jurídica, em vista da herança normativa da Ilustração. São eles: a legalidade sonogada, de que tratamos acima; a legalidade relida, que atua em nível da hermenêutica jurídica; e a legalidade negada, que se deve ao hiato entre a legalidade estabelecida e a legalidade a estabelecer-se e que deve ser sanada pelos operados do Direito. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderna e Mudança Social*, p. 67-75.

### **i.ii.ii. Neoliberalismo, Globalização e Informalização do Direito**

Segundo esboço histórico traçado por ANDERSON<sup>95</sup>, o neoliberalismo surgiu depois da II Guerra Mundial, configurando-se como uma crítica econômica e política às premissas do Estado de Bem Estar Social<sup>96</sup>. Em 1947, Friedrich Hayeck, intelectual que escreveu *O Caminho da Servidão*, um dos marcos da teoria neoliberal, reuniu outros intelectuais de mesma orientação ideológica e organizou a Sociedade de Mont Pèlerin, que se empenharia em combater o keynesianismo e preparar um novo capitalismo livre de regras, defendendo a desigualdade como valor positivo para a sociedade.

As idéias neoliberais passaram a consolidar-se depois da crise do modelo econômico do pós-guerra, na segunda metade da década de 70, quando os países centrais passaram a viver a primeira crise depois da 2ª guerra mundial, passando por uma recessão prolongada, pelo aumento da inflação, pelo aumento do desemprego e, conseqüentemente, aumento dos gastos sociais. A estratégia proposta, diante da falência do Estado de Bem Estar, era a de minimizar a capacidade do Estado de intervir na economia e nos gastos sociais.

Segundo FIORI<sup>97</sup>, nos países periféricos estas políticas passaram a ser ditadas sobretudo a partir do que se convencionou chamar de Consenso de Washington. A expressão, cunhada por John Williamson, designava uma lista de políticas e reformas que estavam sendo requeridas na América Latina, em conjunto, consensualmente, pelos principais centros e círculos de poder sediados na cidade de Washington.

O programa que deveria ser aplicado por estes países compreendia dois planos, um macroeconômico e outro microeconômico. No primeiro, requerer-se-ia máxima austeridade fiscal, submissão da política fiscal à política monetária, impondo

---

<sup>95</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: *Pós-neoliberalismo: As políticas sociais e o Estado Democrático*, p. 9-23.

<sup>96</sup> Este modelo de Estado foi a resposta ocidental capitalista à ameaça oriental socialista. É marcado pelo reconhecimento de uma pauta mínima de direitos sociais que pudessem viabilizar minimamente os direitos de liberdade. Centra-se na garantia à educação e à saúde e, sobretudo, à proteção do trabalho.

<sup>97</sup> FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington*. In: <http://www.obrasil.com/cultura/utopia/>

como prioridade a estabilização e como consequência, corte dos salários dos funcionários públicos, flexibilização do mercado de trabalho, corte das contribuições sociais, reforma previdenciária e administrativa.

No segundo, dever-se-ia desonerar fiscalmente o capital para que ele pudesse adquirir competitividade no mercado internacional. Em suma, estas políticas compreendiam a desregulação dos mercados, financeiro e do trabalho; privatização; abertura comercial; e garantia do direito de propriedade, inclusive de propriedade intelectual, e foram impostas pela via da renegociação da dívida externa ou pela via da negociação para obtenção de novos empréstimos<sup>98</sup>.

Note-se que a minimização do Estado pregada não o limita à tarefa de proteção dos direitos individuais e de propriedade. O Estado mínimo deve ser *máximo* em garantias aos exploradores do mercado, garantias marcadas pela forte intervenção do Estado a fim de manter uma política deflacionária e elevadas as taxas de juros, viabilizar as privatizações e aumentar os índices de desemprego, enfim, “manter um Estado forte sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas”<sup>99</sup>. Os próprios liberais reconhecem a necessidade de uma forte intervenção do Estado para aplicação das políticas que compõem o programa neoliberal, no controle das crises econômicas nos países centrais e no comando do “desenvolvimento” nos países periféricos<sup>100</sup>.

Assim, os grandes conglomerados empresariais em condições de atuar na economia pressionam o Estado, dele exigindo “a adoção de programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de “**deslegalização**” e “**desconstitucionalização**””<sup>101</sup>(grifou-se). Logo, não é paradoxal (ou é apenas aparentemente paradoxal) falar-se em Estado mínimo e em intervenção máxima que dele o mercado exige. Se por um lado tais reformas somente podem ser impostas pela *via estatal*, por outro destinam-se “a estabelecer **limites às intervenções** governamentais reguladoras, disciplinadoras, diretoras e **protetoras**”<sup>102</sup>, provocando uma crescente anomia do Estado frente às

---

<sup>98</sup> FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington*.

<sup>99</sup> ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*, p. 11.

<sup>100</sup> FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington*.

<sup>101</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 25-26.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*, p. 38.



necessidades sociais mais urgentes – e que, naturalmente, não se compatibilizam com as necessidades do mercado – e mesmo frente à adimplência dos direitos sociais consagrados constitucionalmente e que são agora ameaçados ou abertamente dilapidados. Aliás, ao falar-se em flexibilização é preciso ter em mente a advertência de Milton SANTOS, para quem a flexibilização neoliberal é oposto do que significa efetivamente *ser flexível*, uma vez que impõe regras indiscutíveis e apenas uma forma de cumpri-las.<sup>103</sup>

O próprio Estado, portanto, é que *supostamente* exclui-se das atividades de caráter econômico, político e jurídico, deixando-as à esfera privada. Como foi visto no item anterior, da *identificação* entre Estado e sociedade tem-se que caem por terra as teorias liberais que afirmam ser a atividade econômica *própria* da sociedade civil, pois como afirma GRAMSCI “o liberalismo é uma “regulamentação” de caráter estatal, introduzida e mantida por caminhos legislativos e coercitivos (...) um programa político destinado a modificar a distribuição de renda nacional.”<sup>104</sup>

No âmbito do Direito, a flexibilização das máximas jurídicas próprias de um Estado democrático dá-se igualmente através da *necessária intervenção* estatal:

“Como a luta de classes não pode ser contida em formas jurídicas estanques, e como a inscrição constante de princípios jurídicos universalizantes nas leis estatais acaba por se constituir como um obstáculo à racionalidade instrumental do Poder Executivo neoliberal, este se revolta contra o Poder Judiciário”<sup>105</sup>

Percebe-se, portanto, que a tarefa prescrita pelo receituário neoliberal de assegurar ampla *liberdade* à exploração econômica prescinde de quaisquer valores democráticos, pois a *democracia* não constitui um valor central do neoliberalismo: “liberdade e a democracia, explicava Hayek, podiam facilmente tornar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionados de cada agente econômico”.<sup>106</sup> E, como afirma FIORI, se na época em que a ideologia liberal insurgia-se contra o absolutismo podia-se ver ali um germe protodemocrata, hoje, quando o neoliberalismo insurge-se contra o modelo de Estado social, vê-se claramente sua raiz antidemocrata<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> SANTOS, Milton. Entrevista Explosiva. *Revista Caros Amigos* nº 17, ago/1998, p. 22-27.

<sup>104</sup> GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 32.

<sup>105</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Os Caminhos da Globalização: Alienação e Emancipação. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*, p. 20.

<sup>106</sup> ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*, p. 19-20.

<sup>107</sup> FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington*.

Quando se trata do impacto da globalização e das políticas neoliberais nas formas jurídicas, na inversão dos princípios até então consolidados pela tradição jurídica, percebe-se igualmente como a democracia é marginalizada face às exigências do mercado:

“O ponto de partida é a **relativização** de alguns de seus mais importantes conceitos, princípios e categorias – como *soberania*, **legalidade**, *hierarquia das leis*, *direitos subjetivos*, **igualdade formal**, *cidadania*, *equilíbrio dos poderes*, *segurança e certeza* – fortemente atingidos por mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais em grande parte **ocorridas à margem das estruturas jurídicas**, dos mecanismos judiciais, das engrenagens institucionais, **dos procedimentos democráticos** e da capacidade de regulação (...)”<sup>108</sup> (grifou-se)

A primeira observação que deve ser feita, ao falar-se das conseqüências do processo de globalização para o Direito, é que este processo não é unívoco. Melhor seria falar-se em *processos de globalização*, como sugere SOUSA SANTOS<sup>109</sup>. A ressalva impede que se pense a globalização como o processo posto em curso juntamente com as políticas neoliberais e que marginaliza crescentemente a maior parte da sociedade que não é consumidora dos novos produtos por ela disponibilizados. Esta é *uma* globalização, a globalização neoliberal. Entretanto, não é a única possível. A globalização traz consigo possibilidades emancipatórias, como sugere o trabalho de ARRUDA JR:

“A globalização é também a crescente tomada de consciência, por amplos setores medianos e populares, que não há opção para uma modernidade jurídica e social sem a abolição de privilégios que causam distorções no jogo democrático e na construção de uma democracia real e concreta.”<sup>110</sup>

De qualquer forma, a globalização, em qualquer uma de suas formas, impõe pensar-se novos desafios, tomados também em termos globais, já que “a construção da hegemonia, em escala mundial, implica a construção da cidadania, em escala mundial.”<sup>111</sup>

Certo é que a globalização neoliberal *é aquela* a ameaçar as formas jurídicas consagradoras de fórmulas democráticas. Conforme explica FARIA, na globalização neoliberal tem-se a incapacidade do Estado de promover a coordenação

<sup>108</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p.7.

<sup>109</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 249-255.

<sup>110</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Os Caminhos da Globalização: Alienação e Emancipação. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*, p. 24.

<sup>111</sup> IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*, 146.

macroeconômica sem o consentimento dos conglomerados empresariais, motivo pelo qual “No âmbito do Estado *neoliberal*, em outras palavras, é a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas.”<sup>112</sup>

Com a globalização neoliberal, o primeiro problema que se coloca é o da desterritorialização das relações sociais e conseqüente fragilização do conceito de soberania nacional, que, válido no plano formal, é limitado pela transnacionalização das esferas de decisão sobre a produção e o preço dos bens e serviços transacionados. A soberania formal dos Estados é, portanto, materialmente limitada em sua autonomia decisória<sup>113</sup>. Entretanto, o Estado-nação segue sendo o **referencial para proposição de demandas de caráter social e político**<sup>114</sup>, o que comprova a necessidade de continuar-se pensando a validade da legalidade estatal, mormente quando esta expressar conquistas das classes sociais excluídas do processo de globalização, até mesmo porque “a emergência e/ou realização de juridicidades, novas e velhas, no Estado e fora dele, dá-se no marco das “regras do jogo”, portanto, no terreno da legalidade.”<sup>115</sup>

Outro problema é o da anomia decorrente do excesso de produção legislativa que resulta da tentativa do Estado de regular ou de “intervir “tecnicamente” na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa”<sup>116</sup> e que, portanto, segundo FARIA, é incapaz de ser apreendida pelo direito positivo. Aliás, este sofreria uma progressiva desvalorização, na medida em que tal inflação legislativa provocasse um crescente limite à eficácia das normas jurídicas, à coerência interna e à organicidade do ordenamento jurídico, o que, afinal, determinaria a “incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de “premissas decisórias””<sup>117</sup>

Além disto, estas manifestações de ingovernabilidade decorrentes da inflação legislativa serviram de base à proposição da minimização da atuação do Estado, através dos projetos de flexibilização, desburocratização e desregulação. Entretanto,

---

<sup>112</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 177-178.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

<sup>114</sup> HEIN, Wolfgang. The New World Order and the End of the Nation-State *apud* FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 25.

<sup>115</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social*, p. 66.

<sup>116</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 139.

<sup>117</sup> *Idem, ibidem*, p. 139.

“os próprios projetos de “flexibilização” acima mencionados tiveram, paradoxalmente, sua execução viabilizada e instrumentalizada por uma produção normativa abundante, complexa e específica”<sup>118</sup>.

Ou seja, apesar de no âmbito do Estado-nação as instituições jurídicas tenderem a ser reduzidas, o Estado continua legislando. Entretanto, é constrangido a compartilhar a titularidade da iniciativa legislativa com as grandes corporações empresariais transnacionais, “O que tende a levar o direito positivo desse Estado a **disciplinar não tanto os comportamentos, mas, isto sim, os procedimentos**”<sup>119</sup>:

Tem-se, portanto, que o Estado é levado a restringir crescentemente sua atuação nas áreas sociais, tendo que, para tanto, valer-se de um processo de desregulação, desformalização, desconstitucionalização dos direitos sociais reconhecidos até então, processo este que é levado a cabo através da via legislativa, partilhada com a iniciativa privada, sobretudo com os centros de decisão situados fora do território do Estado-nação. A flexibilização imposta através desta *múltipla iniciativa legisladora* configura uma espécie de *pluralismo jurídico* que se distancia largamente daquele proposto para o fim de viabilizar uma racionalidade jurídica emancipatória<sup>120</sup>, tendo em vista a marginalização dos procedimentos democráticos de seu seio, vetando a participação dos grupos sociais não organizados em torno ao mercado.

Finalmente, o próprio Poder Judiciário sofre conseqüências desta “flexibilização”, deixando de ser a instância prioritária de resolução de conflitos nos casos de controvérsias mercantis internacionais, em que 80% dos casos são solucionados através de mediação ou arbitragem privada<sup>121</sup>.

O importante é verificar que não apenas conflitos de natureza comercial e internacional tendem a ser submetidos a instâncias decisórias alheias ao Judiciário. Ao contrário, uma vez flexibilizados os direitos sociais, tendem a ser flexibilizadas também as esferas de resolução de litígios deles oriundos:

“(...) esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de

---

<sup>118</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 139-140.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*, p. 141.

<sup>120</sup> Como o estudado por Antônio Carlos WOLKMER em *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*.

<sup>121</sup> Modernização dos sistemas jurídicos. *Jornal Gazeta Mercantil*, São Paulo, edição de 12 de março de 1996 *apud* FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 36.

regulação social, a **adotar as regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas do direito positivo**, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic standibus*, **a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos** e a pôr em xeque a distinção clássica entre o público e o privado”<sup>122</sup> (grifou-se)

Assim é que o Estado tende a regular tão-somente os *procedimentos e não mais os comportamentos*, ou seja, as obrigações passam a ser ditadas pelo mercado, enquanto esferas de decisão cada vez mais informais e menos pautadas por normas jurídicas cogentes, sobretudo aquelas reconhecedoras da hipossuficiência de uma parte em relação à outra ou da assunção de obrigações do Estado frente aos cidadãos, legitimam-se como instituições hábeis para julgar os conflitos decorrentes de uma sociedade cada vez mais desigual.

Assim, a necessidade de fluidez negocial e de agilidade para liberar a atividade econômica, que determina a desregulação e a fragilização da legalidade, *inverte as premissas da previsão e do cálculo*. Se, como foi dito antes, a burguesia e capitalismo puderam desenvolver-se mediante o uso de um sistema jurídico racional, previsível e calculável, hoje, ao contrário, previsibilidade e calculabilidade constituem um óbice à nova fase de acumulação do capital<sup>123</sup>. Ou, ao menos, as instituições tradicionalmente responsáveis por conferir segurança ao sistema econômico mostram-se carentes de instrumentos aptos a fornecer quaisquer controles que possam mostrar-se eficazes para a nova economia<sup>124</sup>. Confirma-se, mais uma vez, que *as formas jurídicas moldam-se sempre de maneira a serem compatíveis com as formas de circulação de bens e de poder de uma época*.

Como foi dito, as manifestações de ingovernabilidade são amplamente exploradas pelas agências econômicas com o intuito de promover a crítica à atuação do Estado, visando não à superação das limitações no cumprimento dos direitos assegurados, mas, ao contrário, à sua exclusão da pauta de prioridades. Para realizar a crítica ao Estado, o discurso neoliberal se vale inúmeras vezes de simbologias sedutoras ao senso comum, como é o caso quando se afirma que “A antipatia em face do Estado enquanto instituição tem muitas raízes, como bem nota

---

<sup>122</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 35-36.

<sup>123</sup> GENRO, Tarso. Nova Crise do Direito e do Estado. *Revista Direito em Debate*, p. 31-33.

<sup>124</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, p. 8.

qualquer um que já tenha esperado numa fila interminável em uma agência de serviços ou que tenha se defrontado com um funcionário intransigente.”<sup>125</sup>

Na esfera jurídica o mesmo discurso é facilmente aplicável. A morosidade e os altos custos do processo, os casos de corrupção dos magistrados, a noção de que as decisões tendem a favorecer a parte mais privilegiada<sup>126</sup> são, entre outros fatores, determinantes para causar simpatia às críticas ao Poder Judiciário<sup>127</sup>.

Naturalmente, tais críticas não são destituídas de razão. Muitas delas trazem em si uma profunda reflexão sobre os limites do Estado quanto ao cumprimento do projeto Iluminista e das modernas promessas de *liberdade, igualdade e fraternidade*.

O núcleo positivo da crítica ao Estado tem como fundamento sobretudo o **patrimonialismo**, a expressão arbitrária de individualismos na esfera estatal<sup>128</sup> que caracteriza o Estado brasileiro e que permeia e inclusive **privatiza** o espaço público:

“Estabelece-se, então, uma confusão entre o público e o privado num Estado caracterizado pelo clientelismo, pelo nepotismo, incompatíveis com a racionalidade formal pressuposta pelo liberalismo.”<sup>129</sup>

No Direito as consequências deste patrimonialismo são o corporativismo no interior das instâncias jurídicas, marcado não apenas por favorecimentos em concursos e promoções dentro dos quadros do Judiciário, como também pela submissão deste nas relações com o Executivo. Assim é que “O Judiciário não é forçado a se submeter: ele se submete de bom grado.”<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> EVANS, Peter. O Estado Como Problema e Solução. *Revista Lua Nova*, nº 28/29, p. 111.

<sup>126</sup> Estes são temas previstos nos estudos sobre acesso à justiça. Consultar: CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*; SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça*. In: *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*; LIMA LOPES, José Reinaldo de. *A Função Política do Poder Judiciário*. In: *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. Org.: FÁRIA, José Eduardo.

<sup>127</sup> Um bom exemplo pode ser encontrado na Revista Exame de 19/05/1999. A crítica contundente ao Judiciário trabalhista ganhou a capa da revista, preta, *de luto*, com uma exclamação, em vermelho, na qual podia-se ler: Basta! A reportagem de capa não se furtava a citar Milton Friedman, economista neoliberal, tomando-lhe “conselhos”, nem tampouco a informar que no Brasil qualquer trabalhador goza de 40 dias de férias. VASSALLO, Claudia. *Chega! Os absurdos e os escândalos do modelo trabalhista brasileiro*, Revista Exame, edição de 19 de maio de 1999, p. 104-126.

<sup>128</sup> “(...) existe algo semelhante ao que se denomina “espírito estatal” num movimento sério, que não seja a expressão arbitrária de individualismos mais ou menos justificados?” GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 20.

<sup>129</sup> ARGÜELLO, Katie. Dilemas do Welfare State e Ordem Periférica. In: *Revista Alter Ágora*, nº 2, p. 45.

<sup>130</sup> LESBAUPIN, Ivo. Hegemonia neoliberal, democracia em declínio e reação da sociedade civil. In: *Para Entender a Conjuntura Atual*, p. 18.

O que não se pode e não se deve fazer, entretanto, é deixar que o núcleo bom deste senso comum crítico, o *bom senso*, que se centra na censura à *privatização do público*, ao patrimonialismo, e cujo objetivo é a negação e a superação da limitação da esfera estatal ao âmbito dos interesses individuais, recaia ingenuamente numa crítica bem aos moldes das exigências do mercado quanto à redução e minimização da atuação do Estado e, conseqüentemente, do Direito:

“É de se estar atento para os obstáculos que o neoliberalismo coloca no processo de construção da racionalidade jurídica moderna. (...) **a título de reformar o estado abrem-se os espaços para o reforço de novos feudos**-, ou melhor, de novos patrimonialismos (interesses privados na esfera pública), presentes nos espaços impuros do público, estatal ou não estatal. A única mediação estatal passa a ser o Deus-mercado. (...) Ora, **não se trata de privatizar o Estado, mas de desprivatizá-lo, publicizando-o**. Estado-ampliado, na concepção gramsciana, bem entendido, que quer dizer, construção de uma modernidade com redefinição do espaço público, não restrito à sociedade civil e aos interesses meramente econômicos e particulares, nem tampouco restrito ao estatal.”<sup>131</sup> (grifou-se)

Assim, a crítica deve servir de base à *publicização do espaço público estatal e não-estatal*, privatizado pela inserção de interesses particulares e marcado pelo patrimonialismo e não de base à efetiva privatização do público, através de um projeto de minimização do Estado. A assunção e problematização da legalidade estatal, na perspectiva de negação e superação, passa a ser tarefa dos que se comprometem com a publicização do Estado, portanto.

Por outro lado, não se pode perder a perspectiva crítica também quanto à legalidade estatal:

“A resistência justa dos magistrados contra uma reforma tecnocrática do sistema judicial exclusivamente orientada para as necessidades da economia mercantil não pode servir de álibi para justificar a resistência a uma profunda reforma do sistema judicial orientada para a efetiva democratização da sociedade e do Estado.”<sup>132</sup>

Finalmente, apesar da força assustadora com que o neoliberalismo impõe suas metas, sufocando tudo e todos ao redor, há um alento: Aloysio BIONDI, em seu último artigo, alerta para o fato de que os chefes de Estado dos sete países mais ricos do mundo – o G-7 – assinaram um tratado recusando as políticas neoliberais.

<sup>131</sup> ARRUDA, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI*, p. 82.

<sup>132</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Os Tribunaís e a Globalização*. Jornal O Estado de São Paulo, 09/11/1996, p. A2.

O acordo já está sendo chamado de *Consenso de Berlim* e aponta para o enterro do neoliberalismo, consequência do aumento de poder econômico e político da Europa em contraposição ao agravamento dos problemas recentes com a economia norte-americana<sup>133</sup>.

Aos que, pasmados, recusam-se a aceitar qualquer versão acabada da história, surgida com o surpreendente consenso gerado a partir de fatos questionáveis e que, entretanto, deu-se sem questionamentos, resta intentar a busca do dissenso, perdido para uma intelectualidade conformada, mas existente para toda a maioria de excluídos do processo econômico globalitário<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> BIONDI, Aloysio. Fim do Neoliberalismo, a Virada. In: *Caros Amigos* nº 40, jun/2000, p. 11.

<sup>134</sup> FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido: Ensaios Sobre a Festejada Crise do Estado*, p. IX-XIX.



### **i.iii. As Concepções Públicas e Privadas da Ação e do Processo**

Não se pretende aqui retomar os debates sobre os temas da ação e do processo com a finalidade de acrescentar a eles algo que não tenha sido dito ainda. Parecem restar bem consolidadas as teorias sobre estes institutos quanto à natureza pública e autônoma dos mesmos, como ressalta a doutrina contemporânea especializada, ainda que a discussão em torno ao tema ganhe ainda certos contornos<sup>135</sup>.

Talvez por isto possa parecer despiciendo trazer para este estudo uma resenha das concepções de ação e de processo. Entretanto, a este trabalho restou fundamental estudá-las com intuito de *contribuir para a discussão sobre o processo arbitral*, para que se possa estabelecer com qual concepção de ação e de processo relaciona-se aquele.

Por estas mesmas razões, optou-se por não fazer uma resenha histórica das variadas teorias sobre a natureza jurídica da ação e do processo, já tão bem estudadas por inúmeros autores. Exclui-se deste estudo a discussão sobre a natureza concreta, abstrata ou eclética da ação. Para fins de estabelecer-se a natureza do processo arbitral, basta-nos centrar o estudo das diferentes concepções de ação e de processo no que elas discutem o caráter público ou privado destes institutos.

---

<sup>135</sup> Tais como a natureza concreta, abstrata ou eclética da ação, discussão que não será objeto deste estudo.

### i.iii.i. A Teoria Civilista da Ação e a Polêmica Windscheid-Muther

A teoria civilista da ação foi desenvolvida por SAVIGNY, responsável pela compreensão e atualização dos conceitos romanos de ação originariamente estudados por Celso e Ulpiano.

SAVIGNY introduziu o tema da ação no capítulo sobre as “Violações dos Direitos” de seu Sistema de Direito Romano Atual<sup>136</sup>, já permitindo vislumbrar quão relacionados estariam os institutos da ação e do direito material. Para ele, é a partir da possibilidade de *lesão de um direito*<sup>137</sup> que se desenvolvem certos institutos jurídicos que se chamariam, sob um nome comum, *institutos de defesa da ordem jurídica*, neles inclusos a jurisdição, a pena e as formas destinadas a restabelecerem o estado do direito, acrescentando:

“Invece appartiene ad essa un'altra classe di istituti giuridici, che hanno pure la loro origine nella lesione del diritto. Considerando un diritto in speciale rapporto colla sua lesione, esso ci si presenta sotto un nuovo aspetto, **nello stato della difesa**. In parte la lesione, in parte gli istituti destinati a combatterla, **esercitano una reazione sul contenuto e sull'esistenza del diritto stesso**, ed io raccolgo la serie delle modificazioni, che per tal guisa si producono in esso, sotto il nome di diritto delle azioni.”<sup>138</sup> (grifo nosso)

Assim, a ação seria uma outra classe de institutos jurídicos, consistente no *estado de defesa* de que se reveste o direito ao ser lesado, uma *reação* do próprio direito, capaz de provocar modificações em sua própria estrutura. A ação seria, portanto, uma *qualidade de defesa ou reação imanente a todo direito*.

Naturalmente que não se pode aqui falar de distinção entre as esferas da ação e do direito material, uma vez que a ação era tida por inata ao direito.

---

<sup>136</sup> Tradução livre do título italiano *Sistema del Diritto Romano Attuale*.

<sup>137</sup> Embora superada a teoria civilista, sua estrutura permanece no sistema adotado pelo Código de Processo Civil. Ainda que constitucionalmente assegurada a tutela jurídica para a *ameaça* ao direito, poucos são os instrumentos disponíveis para a tutela contra a ameaça. Indiferentes à natureza dos novos direitos e às tutelas capazes de lhes resguardar, os autores permanecem, como SAVIGNY, esperando que a lesão ao direito possa então dar vida aos “institutos de defesa da ordem jurídica”. Consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*.

<sup>138</sup> SAVIGNY, F.K. *Sistema del Diritto Romano Attuale*, v. 5º, p.2.

Deste modo, o autor tem de rechaçar a idéia de que a ação seja uma espécie de direito ou um direito ela mesma, ela implicaria uma “metamorfosi, che può avvenire in ogni diritto per sè stante”<sup>139</sup>.

Ação seria, portanto, “L’aspetto particolare, che ogni diritto assume in conseguenza di una lesione”<sup>140</sup>. E, sendo um *aspetto particular* que o direito lesado assume, não pode senão *ter as mesmas características e natureza do próprio direito*. A conotação privatística do conceito de ação é clara:

“(...) il contenuto di questo rapporto può in genere defenirsi così, che noi chediamo da questo violatore la riparazione della lesione. Questa pretensione contro una determinata persona e ad un determinato atto ha quindi **natura simile alle obbligazioni**; l’offeso e l’offensore, ossia l’attore e il convenuto, **stanno di fronte l’uno all’altro come un creditore ed un debitore**.”<sup>141</sup> (grifou-se)

A natureza da ação seria portanto idêntica à natureza da obrigação inadimplida e a relação entre o demandante e o demandado equiparar-se-ia à do credor e devedor. O caráter privado desta concepção é notório: a ação seria um instituto jurídico que envolveria as partes da relação jurídica de direito material.

O desenvolvimento lógico desta teoria leva naturalmente a que sejam impostas à ação as condições de existência de um direito e a lesão ao mesmo, sem as quais o direito não poderia assumir seu *particular aspecto de ação*.

Outros adeptos da teoria civilista reforçaram a tese de SAVIGNY de que a ação seria uma qualidade imanente ao próprio direito lesado, direito este que, metamorfoseado, adquiriria um aspecto particular, de defesa ou reação, e que seguiria a natureza da obrigação inadimplida.

Assim é que para PUTCHTA, ARNDTS e WÄCHTER a ação seria um anexo do direito, um acréscimo ao seu conteúdo, um suplemento ou um elemento integrante do mesmo e para BÖCKING e KIERULFF seria o direito mesmo em atuação para fazer-se valer<sup>142</sup>.

Até que WINDSCHEID escrevesse o livro que deu origem à polêmica que se seguiu entre ele e MUTHER, a concepção civilista da ação foi predominante no meio

---

<sup>139</sup> SAVIGNY, F.K. *Sistema del Diritto Romano Attuale*, v. 5º, p. 3.

<sup>140</sup> *Idem, ibidem*, v. 5º, p. 4.

<sup>141</sup> *Idem, ibidem*, v. 5º, p. 4-5.

<sup>142</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio*, p. 204.

jurídico, pois, sobretudo, expressava os valores políticos então vigentes. Cabe salientar que, ao tratar dos *institutos de defesa da ordem jurídica*, SAVIGNY introduz o tema tratando da necessária condição do Direito para coexistência dos seres livres: o ordenamento jurídico seria produzido e conservado pela *liberdade*.

Escapou ao campo de visão de SAVIGNY e de seus seguidores que, com a formação do monopólio jurisdicional estatal, a vedação da autotutela e a imposição da presença do Estado na qualidade de terceiro imparcial apto a dirimir o conflito, a ação não poderia estabelecer-se apenas entre o demandante e o demandado, jamais podendo equivaler à relação entre credor e devedor.

Com *A “Actio” do Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Moderno*<sup>143</sup> o conceito de ação passa a dissociar-se de uma concepção civilista e privada. Mesmo quando MUTHER intenta fazer a defesa de SAVIGNY às críticas de WINDSCHEID, distancia-se largamente das idéias daquele.

A polêmica Windscheid-Muther, portanto, serviu para consolidar uma visão publicista da ação, reconhecendo um direito à assistência estatal distinto do direito material alegado.

Quando MUTHER escreve sua crítica<sup>144</sup> a WINDSCHEID admite uma irritação pessoal contra este autor porque o mesmo não teria guardado o devido respeito a homens que configurariam o orgulho de sua nação, referindo-se especificamente a SAVIGNY.

Segundo MUTHER, o pensamento do autor então submetido à crítica distinguia a concepção jurídica moderna e a concepção jurídica romana. Na concepção jurídica romana, a *actio* não necessitaria de um direito em que apoiar-se, teria existência autônoma e configuraria uma pretensão judicialmente reconhecida, enquanto que na concepção jurídica moderna *o direito viria primeiro e a ação depois, pois o direito seria o gerador da ação e a ação seria somente o ato de acionar, o direito subjetivo e o direito de acionar coincidiriam, acarretando a inexistência de autonomia do direito de acionar*<sup>145</sup>.

MUTHER nega a possibilidade de que, conforme afirmado por WINDSCHEID, o pretor dissesse “*tens tal e tal actio*” ao invés de “*tens tal e tal*

---

<sup>143</sup> Tradução dada por Fábio Luiz Gomes para o livro *Die Actio des römischen Civilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts*, de Bernhard WINDSCHEID, publicado em 1856.

<sup>144</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio Romana, del Derecho de Accionar Actual, de la Litiscontestatio y de la Sucesion Singular en las Obligaciones*.

<sup>145</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio*, p. 207-209.

*direito*". O pretor apenas faria a promessa de que, *se concorressem certos pressupostos*, existiria uma *actio*. Estes pressupostos compreenderiam a solicitação da fórmula pelo interessado e a lesão ao direito. Assim, o pretor não conferiria uma pretensão mediante a *actio*, mas a pretensão preexistiria à *actio*<sup>146</sup>.

Portanto, o ordenamento jurídico romano não seria o ordenamento jurídico das pretensões reconhecidas, como queria WINDSCHEID, mas seria propriamente um ordenamento de direitos, uma vez que apenas teria direito à concessão de uma fórmula judicial quem tivesse também um direito subjetivo material como pressuposto e fundamento. Para estabelecer-se a relação entre estes dois direitos seria necessário distinguir que, enquanto em relação ao direito subjetivo o obrigado era uma pessoa particular, *o obrigado à concessão da fórmula era o poder judicial do Estado*:

"Tenemos pues dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del outro, pero que **pertenecen a campos distintos**, ya que el **uno es un derecho privado, y el outro de naturaleza pública**. Esse derecho público, el derecho de accionar o *actio* así entendida, puede imaginarse como vinculado desde un comienzo com el derecho primitivo, aun mientras éste siga ileso; puede concibirse como un derecho condicionado, **no como un "anexo" o "añadidura" al contenido del outro**"<sup>147</sup>. (grifou-se)

É explícita neste trecho a discordância de MUTHER em relação à teoria civilista. E mesmo quando tenta fazer concordar sua concepção com a de SAVIGNY a separação é evidente: enquanto para o último o direito de acionar seria "aquele derecho en que se *transforma* un derecho al ser lesionado", para o primeiro a lesão "*no altera el viejo derecho que continúa incuestionablemente incólume*"<sup>148</sup>.

Continuando suas críticas à "*Actio*" do *Direito Civil Romano do Ponto de Vista do Direito Moderno* (mas que se direcionavam indireta porém acertadamente à teoria civilista), MUTHER assevera que embora a estrutura do processo tenha variado substancialmente desde a *actio* romana, manteve-se frente ao Estado o *direito de exigir a tutela judicial* e que **preexistiria** à lesão<sup>149</sup>. Assim, ao mesmo tempo em que o conceito romano de ação deveria ser entendido de maneira distinta no direito moderno, teria também uma parcela de realidade no direito atual.

---

<sup>146</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio*, p. 222-223.

<sup>147</sup> *Idem, ibidem*, p. 241.

<sup>148</sup> *Idem, ibidem*, p. 242-243.

<sup>149</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio*, p. 246-247.

O que haveria que se questionar era se se tinha em relação ao Estado direito à tutela judicial e não apenas se se tinha pretensões e direitos, pois as *pretensões e os direitos não são idênticos ao direito à assistência estatal*, não se devendo confundir a pretensão de direito material (protegida pelo direito de acionar) com a pretensão à tutela estatal, embora a primeira devesse condicionar a segunda, sem por isto constituir-se em seu elemento único ou decisivo<sup>150</sup>.

MUTHER rechaça a tese de seu adversário segundo a qual o direito à tutela estatal decorreria de um “principio jurídico general, por el cual el Estado concede tutela judicial, por igual y sin distingos, a toda persona cuyo derecho haya sufrido ofensa”<sup>151</sup>, baseando-se na tese de que *relativamente à mesma pretensão pode-se ter tutelas diferenciadas* e estas tutelas especiais afastariam a possibilidade de um princípio geral garantidor da assistência judicial.

A réplica de WINDSCHEID é apresentada em 1857, motivada, segundo o autor, pelo fato de que poderia quedar razão ao seu adversário, ante aos olhos do público, se mantivesse o silêncio que pretendia guardar, levando-o a explicitar a crítica ao ataque *tanto débil quanto impertinente*.

Para WINDSCHEID, o direito de acionar moderno originar-se-ia da colisão entre o direito e a lesão ao mesmo, enquanto que a *actio* romana não teria por pressuposto essencial a lesão, nem um direito. Ela seria algo autônomo e não derivado.

Este fato explicar-se-ia pela distinção entre direito e *iudicium*, que justificaria sua afirmação sobre ser a *actio* a pretensão judicialmente reconhecida. Para o autor, uma característica do direito público romano era que a competência dos magistrados delimitava uma a outra e seus únicos freios seriam o poder da opinião pública, o poder dos outros magistrados e a prestação de contas ao final de suas funções. O *ius dicere* do pretor consistia em dizer o direito para o caso concreto. O procedimento para estes casos, embora totalmente regulado, não continha regras de direito, diz o autor, mas regras para o exercício jurisdicional, regras judiciais, portanto, e não regras legais. Assim, quando se invocava uma *actio* não se fazia com base em um ordenamento de direitos, mas com base no ordenamento do

---

<sup>150</sup> MUTHER, Theodor. *Sobre la Doctrina de la Actio*, p. 248-249.

<sup>151</sup> *Idem, ibidem*, p. 249.

exercício jurisdicional, na perspectiva da pronúncia de uma fórmula que reconhecesse uma pretensão<sup>152</sup>.

Esta autonomia reconhecida no direito romano não existiria no direito moderno, uma vez que para o último o tribunal não seria mais do que um servidor do direito.

WINDSCHEID *concorda* enfim com a afirmação de MUTHER quanto aos direitos de acionar como direitos à **assistência estatal**, acrescentando a isto que este direito à assistência estatal, entretanto, **não integra o direito material discutido, mas o direito processual**. Assim, a questão de saber-se a índole da assistência estatal, sobretudo pertinente sobre a questão da possível concessão de privilégios especiais quanto ao procedimento, é uma questão de direito processual e não de direito material, pois o direito material caracteriza a pretensão *inter privatos* e não a pretensão face à tutela estatal<sup>153</sup>.

Podemos afirmar, portanto, que a polêmica WINDSCHEID-MUTHER estabeleceu controvérsias fictícias e reais. Embora os autores tenham desferido um contra o outro críticas severas sobretudo quanto ao aspecto pessoal, ambos concordaram em que o direito de acionar não era um acréscimo do direito subjetivo ou uma sua qualidade decorrente da lesão.

Reconhecendo que, vedada a autotutela, surge para o cidadão um direito devido pelo Estado quanto à sua obrigação de prestar a jurisdição, que *em nada se confunde com a obrigação devida por quem não satisfaz determinada pretensão, o que significa dizer em nada relacionada com a obrigação entre credor e devedor da relação de direito material*.

A contribuição final deixada pela polêmica entre os célebres romanistas é a compreensão de que o direito a que faz jus todo cidadão frente ao Estado de ter analisada sua pretensão é portanto direito distinto, pertencente ao campo do **direito público**, vez que se dirige contra o Estado, obrigado em relação ao cumprimento da jurisdição e, ainda, pertencente ao **campo processual**, separando-se assim do direito material alegado.

Afastada de vez a tese, hoje inaceitável, de que a natureza da ação acompanha ou segue a natureza do direito subjetivo alegado, tendo em vista que o direito de ação será sempre pertencente à esfera pública, torna-se mais fácil

---

<sup>152</sup> WINDSCHEID, Bernhard. *La Actio. Replica al Dr. Theodor Muther*, p. 304-305.

<sup>153</sup> *Idem, ibidem*, p. 320.

estabelecer as premissas teóricas para formulação das respostas às perguntas, que serão propostas no último capítulo deste trabalho, quanto à possibilidade de que da escolha da arbitragem como meio de solução de conflitos decorra a renúncia à jurisdição estatal.



### i.iii.ii. As Teorias Privatistas e Publicistas do Processo

Nos séculos XVIII e XIX, os autores vislumbravam o processo como um negócio jurídico entre as partes, que tinha por fundamento a vontade comum de ambos em submeter-se à decisão judicial.

Inspirada no direito romano, sobretudo em texto de ULPIANO, segundo o qual *sicut stipulatione contrahitur ita iudicio contrahi*<sup>154</sup>, a *Teoria do Processo como Contrato* equiparava o vínculo entre as partes de um processo a um negócio jurídico de caráter privado que tinha por objeto o acordo de vontades para submeter-se espontaneamente à decisão judicial.

POTHIER, fundador desta teoria, que surge no auge do liberalismo e do voluntarismo jurídico, influenciado pela filosofia Iluminista e pelas teses contratualistas, não escapou à tendência de vislumbrar a **vontade** como fonte de todo direito e de toda obrigação<sup>155</sup>.

Há aqui um equívoco notável. Ainda que lhe escapasse a visão de que a lei impõe-se coercitivamente, independentemente da voluntariedade do ato que a ela submete-se, há muito que a jurisdição havia adquirido o selo coercitivo que lhe é próprio.

Porém, no direito romano, à época da inspiração do texto de ULPIANO, a jurisdição *não possuía força para sua aplicação compulsória*. Ora, uma vez que a jurisdição por si só não podia impor-se, era necessário que as partes **concordassem** em submeter-se à decisão que viesse a ser proferida. Sem esta anuência, a decisão não teria força nenhuma, pois era destituída de caráter e de instrumentos coercitivos<sup>156</sup>.

Naturalmente que no século XVIII, quando foi formulada a teoria do processo como contrato, a jurisdição já tinha, por si só, força para impor-se, concordassem ou não as partes em aceitar a decisão jurisdicional.

Entretanto, ainda que esta realidade atestasse a falência completa de uma tal teoria, o espírito contratualista da época e a exaltação da vontade como origem de toda a obrigação, determinaram a substituição da teoria do processo como

---

<sup>154</sup> Em juízo se contrai obrigações assim como nos contratos.

<sup>155</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, p. 134-135.

<sup>156</sup> *Idem, ibidem*, p. 134-135.

contrato pela insistente *Teoria do Processo como Quase-Contrato*, de que são fundadores SAVIGNY e GUÉNYVAU<sup>157</sup>.

Avançaram em relação à teoria anterior apenas quanto à aceitação do fato de que o demandado obrigava-se a assumir as consequências da decisão ainda que dela discordasse ou a ela se contrapusesse. Entretanto, esta teoria persistia na incompreensão do fenômeno jurisdicional e na incapacidade de ver a **lei** – e não a vontade – como fonte geradora de direitos e deveres.

A possibilidade de resistência do demandado face ao processo e à decisão judicial negava por inteiro a hipótese de que o processo tivesse o mesmo fundamento do que um contrato, uma vez que restava clara a desnecessidade do acordo de vontades entre demandante e demandado.

Porém, como foi dito, a influência do Iluminismo e o culto da vontade, considerada individualmente, acrescente-se, determinaram que seus teóricos não pudessem enxergar a lei como fonte geradora de direitos e deveres, conhecendo apenas quatro fundamentos das obrigações, quais sejam, o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. Delito e quase-delito foram hipóteses afastadas desde logo, uma vez que o demandante nada mais fazia do que exercer um direito seu ao exercitar uma ação. Por exclusão, portanto, concluíram ser o processo um *quase-contrato*, destacando o **nexo** entre o juiz e o demandante, que se estabeleceria com o consentimento do último.<sup>158</sup>

A solução encontrada pela teoria do processo como quase-contrato, como facilmente se depreende, é incapaz de explicar a natureza do processo.

Em um caso e em outro o equívoco é idêntico: a suposição da vontade das partes (ou apenas do demandante) como fonte geradora das obrigações (ou melhor, poderes e ônus) que surgem com o processo.

A virada decisiva das teses privatistas para as teses publicistas sobre a natureza do processo teve seu início com a obra de Oscar Von BÜLOW. A partir dela pôde-se perceber que a jurisdição objetivava, antes mesmo da composição dos interesses das partes, à realização do direito objetivo, o que determinou “a antítese “estatal” à tese “individualista” do começo do século XIX”<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> GRINOVER, Ada et. alli. *Teoria Geral do Processo*, p. 277-278.

<sup>158</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*, p. 45-76.

<sup>159</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, p. XXII.

Ao escrever sua *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*, BÜLOW forneceu uma das maiores contribuições à discussão sobre a natureza do Processo, sendo considerado por muitos como primeiro autor a dar tratamento científico ao direito processual<sup>160</sup>.

A preocupação inicial de BÜLOW era demonstrar como a doutrina da época valia-se equivocadamente da expressão *exceções dilatórias*, o que poderia ser corrigido através da elaboração de uma teoria que tivesse um maior rigor científico e que principalmente suprisse a lacuna quanto ao estudo e classificação dos pressupostos processuais<sup>161</sup>.

Entretanto, o principal legado de sua teoria foi a demonstração de que o processo encerra uma *relação jurídica*, entre as partes e o Estado-juiz, e que esta relação tem caráter público, pertence ao campo do direito processual e que é progressiva ou contínua.

O autor inicia seu livro discorrendo sobre o fato de ser inquestionável que o direito processual determina as faculdades e os deveres que vinculam as partes e o Estado-juiz. O processo consistiria numa *relação de direitos e obrigações recíprocas, o que significaria uma relação jurídica*. Afirma ainda que, embora tão simples, porém importantíssimo, a ciência ainda não havia devidamente apreciado ou entendido a realidade do processo, acostumada a tratar apenas das relações de direito privado, a que, diz o autor, *o processo não se refere*, afirmando com isto a *autonomia do processo frente ao direito material nele discutido*:

“Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al **derecho público** y el proceso resulta, por lo tanto, una **relación jurídica pública**”<sup>162</sup>. (grifou-se)

A relação jurídica processual diferenciar-se-ia das demais relações jurídicas também pelo fato de ser uma relação contínua, que avançaria gradualmente e desenvolver-se-ia passo a passo, enquanto que as relações jurídicas privadas judicialmente debatidas apresentam-se concluídas.

---

<sup>160</sup> GOMES, Fabio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 108-109.

<sup>161</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 109.

<sup>162</sup> BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, p. 1-2.

Na relação processual o Estado assume a obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo. Há aqui um total rompimento com as teorias contratuálistas, uma vez que os princípios processuais são habitualmente cogentes. A relação jurídica que se trava entre as partes e o Estado, pública, obriga todos nela envolvidos e submete as partes à decisão estatal proferida. Qualquer idéia remanescente de vontade das partes ou acordo das partes para que se encontrasse a solução da controvérsia é aqui abandonada. A decisão judicial é imposta e a jurisdição reflete-se como poder do Estado e não da vontade das partes em submeter-se. A prestação jurisdicional ratifica seu caráter público, tanto assim que as partes em relação ao Estado não se encontram em oposição, mas em colaboração, entendendo-se a prestação jurisdicional como um bem público.

Criticando com rigor o desleixo da doutrina tradicional em estudar o *movimiento* do processo e o próprio caráter de relação jurídica de direito público, a doutrina teria reduzido a noção de processo à de procedimento, sem perceber que o processo seria “una relación de *derecho público*, que se *desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes*”<sup>163</sup>.

Assim, portanto, além da contribuição de sua teoria para o entendimento dos pressupostos de existência e de validade do processo, a teoria do processo como relação jurídica, que ainda hoje conta com grande número de adeptos, permitiu verificar de forma conclusiva o caráter público da relação jurídica que o processo encerra, bem como a distinção das esferas do processo e do direito material nele discutido:

“A relação jurídica é sempre de direito público, embora possa ser (e, na maioria das espécies, o seja) somente de direito privado a relação jurídica que é *objeto* da demanda (*res in iudicium deducta*).”<sup>164</sup>

Posteriormente a BÜLOW, outros autores vieram a reafirmar a natureza pública do processo, entre os quais ganham destaque GOLDSCHMIDT, DEGENKOLB, WACH, PLÓSZ e HELLWIG.

GOLDSCHMIDT, famoso por sua *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, balizando sua tese no *direito Judiciário material*, que consistiria na projeção para a esfera jurídica pública do direito material privado ou em “un derecho privado

---

<sup>163</sup> BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, p. 3.

<sup>164</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, p. XXX.

integral convertido em público”<sup>165</sup> e distinguindo o aspecto estático do direito material do aspecto dinâmico que aquele direito adquiriria no processo, não permite entrever com clareza a distinção, em sua teoria, entre as esferas do direito privado e do direito público. Entretanto, é clara sua intenção de romper com as escolas privatísticas, reconhecendo o caráter público do que chama de *pretensão à tutela jurídica*:

“La afirmación de que el objeto del proceso es el derecho a obtener la tutela jurídica no padece en nada por el hecho de que en todos aquellos casos en los que el objeto del proceso es una relación jurídico-privada ésta constituya a la vez el contenido de la alegación jurídica del demandante (...) Todo lo cual demuestra que la pretensión de tutela jurídica es objeto del proceso en sentido completamente distinto que la relación jurídico-privada.”<sup>166</sup>

Esta não foi a única dificuldade enfrentada pelos processualistas da época para definir a natureza pública do processo. O reconhecimento do vínculo das partes para com o Estado-juiz foi insuficiente, durante algum tempo, a que se percebesse inexistentes quaisquer vínculos das partes entre si. A ruptura com as teses privatistas não obistou a permanência de alguns dogmas voluntaristas. A caracterização do processo como linear, por KOHLER, ou triangular, por BÜLOW<sup>167</sup>, reflete bem o papel da subjetividade na formação do processo. No primeiro caso a relação jurídica processual estabelecer-se-ia *apenas* entre demandante e demandado e no segundo, embora havendo o reconhecimento de que a relação jurídico-processual é pública porque estabelece-se entre as partes e o Estado, reconhece também a relação das partes entre si.

Em quaisquer casos vale igualmente a crítica de PONTES DE MIRANDA:

“HEINRICH DEGENKOLB e A. PLÓSZ ainda cometeram o erro de imaginar dever do réu, perante o autor, de comparecer a juízo, em contradição com a sua descoberta do caráter de direito público que tem a provocação do processo. O que está assente é que os deveres do réu são perante o Estado, como os do autor.”<sup>168</sup>

Ainda que a estas teorias possam ser opostas muitas e diversas críticas, inclusive sobre a impossibilidade de romper completamente com os critérios subjetivistas que destacavam a vontade e as relações entre demandante e

<sup>165</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, p. 2.

<sup>166</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 3.

<sup>167</sup> CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, p. 169-170.

<sup>168</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, p. XXX.

demandado<sup>169</sup>, tiveram o mérito de enfatizar o caráter público do processo, abrindo possibilidades para discutir e enriquecer o estudo sobre a prestação jurisdicional e sobre os deveres do Estado ante os jurisdicionados.

E, ainda hoje, são base para a compreensão de quaisquer institutos jurídicos, e em especial a arbitragem, que, com a revalorização a que foi submetido o *princípio da autonomia da vontade das partes*, ganha prestígio crescente entre os juristas e impõe novos contornos à discussão sobre o caráter público do processo, contornos estes ainda obscuros. Resta, portanto, examinar-lhe a natureza jurídica à luz das contribuições estudadas, o que será feito ao final deste trabalho.

---

<sup>169</sup> Como é a crítica de LEAL, para quem a indagação sobre a angularidade, linearidade ou a forma triangular da relação processual demonstra o caráter “voluntarista do velho direito subjetivo, vincula autor e réu em pólos de subordinação (ativo e passivo)” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*, p. 77.

## **CAPÍTULO II:**

### **ARBITRAGEM E DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA: LIMITES E POSSIBILIDADES**

## ii.i. Informalização do Direito e Arbitragem: Breves Notas Históricas

*“Eram nobres espanhóis, rebelados contra o rei Carlos III por questões de privilégios feudais negados, e por isso mandados para o exílio com as famílias. Tendo chegado em Olivabaixa foram proibidos de continuar a viagem: de fato, aqueles territórios, com base num antigo tratado com Sua Majestade Católica, não podiam dar abrigo a pessoas exiladas da Espanha e nem mesmo ser atravessados por elas. A situação daquelas famílias nobres era bem difícil de ser resolvida, porém os magistrados de Olivabaixa, que não queriam ter problemas com as chancelarias estrangeiras mas tampouco tinham razões de aversão por aqueles ricos viajantes, chegaram a uma conciliação: a letra do tratado prescrevia que os exilados não deveriam “tocar o solo” daquele território, portanto bastava que ficassem nas árvores e tudo estaria em ordem.” Ítalo Calvino. O Barão nas Árvores.*

Quando se tratou das conseqüências do neoliberalismo e da globalização para o Direito (item i.ii.ii), viu-se que os programas de desestatização impõem a deslegalização e a desconstitucionalização crescente dos direitos. Apesar deste processo dar-se através de legislação complexa e abundante, cuja iniciativa legislativa é partilhada com os setores privados nacional e internacional que representam os grandes conglomerados empresariais, seu objetivo é deixar livre de regulamentação os comportamentos, a que competiria ao mercado regular, passando o Estado, portanto, a reger somente a esfera dos procedimentos.

A esta, objeto também da informalização, é imposta a troca das normas estatais cogentes como critério de julgamento e de decisão pelas normas flexíveis da *lex mercatoria* e a troca da adjudicação pela mediação e pela arbitragem, embora a adjudicação não esteja afastada da arbitragem, o que se verá adiante.

Assim, não é de estranhar que a arbitragem tenha voltado a ganhar relevo com o crescimento da ideologia neoliberal e da globalização. A arbitragem, uma das primeiras formas de resolução de litígios, anterior mesmo à justiça pública e à adjudicação estatal, tem suas origens no Direito Romano<sup>170</sup>. Apesar de inscrita na

---

<sup>170</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem: Uma Avaliação Crítica*, p. 13; e FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 63.



tradição jurídica de quase todos os países insulares<sup>171</sup> e de, no Brasil, constar como instituto hábil à pacificação de controvérsias desde a Constituição de 1824 (e mesmo antes desta, através das Ordenações Filipinas, que tinham aplicação nas terras brasileiras), tendo inclusive sido obrigatória em alguns casos<sup>172</sup>, nunca gozou de verdadeiro prestígio, desde que a administração da justiça passou a organizar-se pelo Estado:

“Atualmente, todavia, assistimos a um fenômeno inverso, ou seja, ao ressurgimento da arbitragem, determinado, de um lado, pelas deficiências do aparelho judiciário e, de outro lado, pela hegemonia da ideologia liberal, que estimula o recurso ao sistema do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, inclusive dos conflitos.”<sup>173</sup>

Assim, com a crise do Estado – e conseqüentemente do Direito – para atender as novas demandas advindas com a economia global é que a arbitragem ganha novos contornos em nível mundial – inclusive tendo a Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, comissão da ONU composta por representantes dos Estados-membros) criado, através das Resoluções 31/98, de 1976, e 40/72, de 1985, da Assembléia-Geral das Nações Unidas, o Regulamento de Arbitragem e a Lei-Modelo para a Arbitragem Comercial Internacional, respectivamente<sup>174</sup> – e alça um posto privilegiado na pesquisa e no trabalho jurídicos, determinando ainda que os legisladores dos Estados nacionais *dobrem-se à lógica das coisas*:

“(…) dall’esigenza di adeguare la disciplina interna sull’arbitrato a quella contenuta nelle convenzioni internazionali, che riflettono la progressiva internazionalizzazione dell’attività commerciale. Con essa le possibilità applicative dell’istituto vengono potenziate così che il legislatore sembra piegarsi alla logica delle cose.”<sup>175</sup>

Aliás, a criação da citada Lei-Modelo para a arbitragem confirma outra tese: a de que, com o impacto das políticas neoliberais sobre os Estados, haveria uma crescente *standardização* das culturas jurídicas, cujos sistemas jurídicos

---

<sup>171</sup> FIUZA, C  zar. *Idem*, p. 89.

<sup>172</sup> Em 1831, a arbitragem era obrig  ria nas controvérsias decorrentes de seguro e loca  es. A obrigatoriedade expandiu-se para todos os conflitos de natureza mercantil em 1850. O caráter obrigatório gerou polêmica entre os juristas da época até que em 1866 fosse regulamentada a natureza voluntária do instituto. Entretanto, apenas em 1986 deixou a arbitragem de ser compulsória nas questões decorrentes de naufrágios. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdi  o e Execu  o*, p. 32-33.

<sup>173</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Idem*, p. 13.

<sup>174</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Idem*, p. 38.

<sup>175</sup> VERDE, Giovanni. *Profili Del Processo Civile*, p. 50.

convergiriam cada vez mais, tornando-se semelhantes<sup>176</sup>, embora, no direito comercial, tenha sempre havido esta tendência a que as leis de diferentes nacionalidades aproximassem-se umas das outras<sup>177</sup>.

Assim, com a *onda renovatória* a que vem sido submetido o instituto, ele pode ser considerado como “um só e, resguardadas as peculiaridades oriundas da tradição do país que a emprega, os motivos pelos quais ela vem inspirando um interesse cada vez maior, na atualidade, são os mesmos”.<sup>178</sup> Muito embora a padronização que vem caracterizando o instituto, não é correto pensar que o mesmo aplica-se igualmente nos diferentes países. Ao contrário, como se verá no capítulo terceiro, os pontos mais polêmicos da discussão da nova lei brasileira repercutem em outros países, com soluções muitas vezes distintas das que os juristas brasileiros têm pretendido demonstrar na maior parte dos casos, por isto é inadequado afirmar-se, calcando-se no argumento da *standardização* da arbitragem em nível internacional, a irrelevância da discussão em torno a estes pontos. Igualmente sem valor é apelar para um “sentimento modernizador”, em contraposição à “mentalidade conservadora”, obstáculo ao progresso, pois como bem afirma HERRERA FLORES, os sentidos do reacionário e do progressista somente podem estabelecer-se de forma relacional e contextualizada:

“(...) hay que decir que lo conservador y lo progresista no radica en la diferente actitud hacia la tradición. (...) La posible distinción radicaría más en criterios ético-políticos como por ejemplo: la sensibilidad hacia las desigualdades, la exigencia ética de transformar lo que las produce y reproduce (...)”<sup>179</sup>

Como se disse, o direito comercial internacional sempre carregou consigo certa tendência a assemelhar os direitos e os procedimentos voltados a dirimir conflitos, motivado pela necessidade de superar as dificuldades de travar-se relações comerciais com países de legislações diferenciadas. Assim, o instituto da arbitragem tem sido incansavelmente reavaliado como forma de solução de litígios, em nível internacional, através da criação de diversos protocolos, convenções e cortes arbitrais.

---

<sup>176</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 126.

<sup>177</sup> LYON-CAEN & L. RENAULT. *Traité de Droit Commercial*, t. 1, p. 36 *apud* GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*, p. 18.

<sup>178</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*, p. 182.

<sup>179</sup> HERRERA FLORES, Joaquin. Crisis de la Ideología o Ideología de la Crisis? Respuestas Neo Conservadoras. In: *Crítica Jurídica*. México: Universidade Nacional Autônoma de México, p. 141 *apud* RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 133.

Não é objetivo deste trabalho desenvolver um histórico do direito comercial internacional e da arbitragem, até porque se considera, como já foi enfatizado, que a principal promotora da revalorização/renovação a que arbitragem foi submetida é a globalização econômica de caráter neoliberal. Entretanto, convém citar, ainda que de maneira breve, os recentes contornos históricos do instituto, sobretudo no Brasil.

Merecem ser destacadas a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI –, criada em 1923, que já discutiu mais de quatro mil procedimentos arbitrais e que, hodiernamente, adquiriu o caráter de uma corte arbitral universal, e não apenas européia, e a *American Arbitration Association* – AAA –, criada em 1906 e que se limita à administração da arbitragem<sup>180</sup>.

Concernentes à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, deve-se mencionar o Protocolo de Genebra, de 1923 e a Convenção de Genebra, de 1927, hoje considerados inaptos, pela sua exigência do *exequator*<sup>181</sup> no país de origem e de nova homologação no país da execução.

Diferente tratamento quanto à necessidade do *exequator* é dado pela Convenção de Nova Iorque, de 1958, que impede o pronunciamento dos tribunais dos Estados contratantes quando houverem as partes contraído o compromisso arbitral e que exclui a possibilidade de revisão judicial sobre o mérito do laudo arbitral proferido.

Entretanto, é a já citada Uncitral a instituição que mais imprimiu características aos procedimentos arbitrais dos mais variados países, tendo atingido em grande medida o objetivo de *generalizar estes procedimentos*<sup>182</sup>.

No âmbito da integração da América do Sul, um marco político da integração da América Hispânica é a Carta da Jamaica, de 1815, na qual Simón Bolívar “indica a agregação de diversas unidades administrativas desta como caminho único para obter e sustentar a liberdade a ser alcançada junto à metrópole.”<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*, p. 19-20.

<sup>181</sup> *Exequator* é a exequatiedade do laudo arbitral, que pode ter como requisito a homologação judicial do mesmo com verificação apenas da observância das garantias formais do julgamento arbitral ou pode condicionar também o mérito deste julgamento. No caso do ordenamento brasileiro atual, quando se tratar de arbitragem doméstica ou interna, tem-se a *sentença arbitral*, entende-se que esta já é dotada do *exequator*, constituindo-se desde logo como *título executivo* e dispensando a homologação por órgão judicial do Estado.

<sup>182</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Idem*, p. 29-30.

<sup>183</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*, p. 24.

Entretanto, e apesar da existência de um esforço para a integração latino-americana que data desde o Congresso do Panamá, de 1826, passando pela criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALAC –, em 1960, e pela criação da Associação Latino-Americana de Integração – ALADI –, em 1980, é a partir da formação do Mercosul, através do Tratado de Assunção, de 1991, que se instituem mecanismos de pacificação de controvérsias no âmbito da integração econômica dos países do cone sul, neles incluído o procedimento arbitral<sup>184</sup>.

Como, sobretudo na Europa, mas inclusive na América do Sul, as legislações sobre arbitragem de diversos países sofriam inovações, adequando-se às necessidades da economia mundializada, também no Brasil sentiu-se a necessidade de modificar a disposição da arbitragem.

A primeira tentativa de adequar o instituto aos *novos ventos* partiu do próprio governo federal, em 1981. O anteprojeto de lei, publicado no Diário Oficial da União de 27 de maio de 1981, equiparava os efeitos entre compromisso e cláusula arbitral, estabelecia a disciplina para execução específica da cláusula compromissória e dispensava a necessidade de homologação do laudo arbitral. Este anteprojeto foi abandonado e um segundo anteprojeto de lei, publicado no Diário Oficial da União de 27 de fevereiro de 1987, retomou a iniciativa anterior, renovando-lhe as propostas, mas apresentando falhas técnicas que obstaculizaram seu andamento, pertinentes, sobretudo, à confusão entre arbitragem e arbitramento à execução de laudo proferido no exterior.

Em 1988, outro anteprojeto de lei veio à tona, através da Portaria 298-A, de 20.6.88. Este anteprojeto recebeu críticas dos apologistas ao desentranço do instituto, por haver estabelecido a necessidade de a cláusula ou o compromisso arbitral conterem, sob pena de nulidade, o objeto do litígio (portanto, impor limitações prévias quanto ao objeto passível de solução por via arbitral), além de prever a sujeição do laudo arbitral a recurso de apelação a ser julgado pelo tribunal de Justiça local e a necessidade de que fosse o árbitro bacharel em direito. O anteprojeto logo foi arquivado, em vista dos fatos apontados.

Finalmente, em 1991, o Instituto Liberal de Pernambuco, apoiado pela Associação Comercial de São Paulo, pela Associação dos Advogados de Empresa

---

<sup>184</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*, p. 75-96.

de Pernambuco, pela FIESP, entre outros, lança a *Operação Arbiter*, encarregando-se de discutir um modelo de arbitragem que pudesse servir às camadas ali representadas e de elaborar um anteprojeto de lei que repercutisse esta discussão, iniciativa que acabou culminando na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Em junho de 1992, o então Senador Marco Maciel (PFL/PE) apresentou ao Congresso Nacional o esboço de lei oriundo da iniciativa da *Operação Arbiter*, projeto número 78/92<sup>185</sup>.

Na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, o relator, Dep. Celso Russomano, ofereceu emenda aditiva ao parágrafo 2º do art. 4º do projeto, que veio a integrar o texto definitivo da lei, de acordo com a qual, nos contratos de adesão, o aderente deveria expressar sua anuência com a cláusula arbitral em documento anexo ou em negrito, com visto especial para a cláusula, pois “tal medida se justifica na medida em que os contratos de adesão, em geral, são extensos e cansativos”<sup>186</sup>. Adiante demonstrar-se-á que tal preocupação mostrou-se insuficiente.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, contra o voto do Dep. Milton Mendes (PT/SC), opinou também pela aprovação do projeto. O voto em separado do mencionado Deputado, entre outros pontos, apontou para a impossibilidade de lei alguma “auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário (...), nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação.”<sup>187</sup> O mesmo deputado ofereceu dez emendas, todas versando sobre os mais importantes e igualmente polêmicos pontos do então projeto.

Entre as emendas oferecidas, pode-se referir a proposta de substituição da expressão “sentença arbitral”, adotada na versão definitiva da lei, pela expressão “laudo arbitral”, objetivando afastar desde logo a discussão sobre a natureza jurisdicional da arbitragem (tema que será discutido na parte final deste trabalho); a proposta de estabelecer um valor mínimo para as causas passíveis de resolução mediante o uso da arbitragem, proposta que, infere-se, visava a obstaculizar o uso

---

<sup>185</sup> A história recente da arbitragem no Brasil é relatada por um dos seus ideólogos, participante ativo dos debates que antecederam a Lei de Arbitragem atual. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 17-26.

<sup>186</sup> RUSSOMANO, Celso. Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias. In: *Diário da Câmara dos Deputados*, 23/07/96, p. 20905.

<sup>187</sup> MENDES, Milton. Voto em Separado. In: *Diário da Câmara dos Deputados*, 23/07/96, p. 20910.

do instituto em situações tais como relação de consumo envolvendo quantias baixas, nas quais pode-se mais facilmente perceber a hipossuficiência de uma das partes; a proposta de suprimir o artigo que equipara o árbitro ao juiz de fato ao de direito, além da proposta de submeter o laudo arbitral à homologação judicial.

Nenhuma das propostas acima mencionadas foi aceita. Das doze emendas oferecidas (duas pelo Dep. Aldo Arantes), à exceção da emenda supressiva nº 11, de acordo com a qual deveria ser retirado do texto do art. 44 do então projeto a referência da revogação do art. 101 do Código de Processo Civil, pertinente à competência do juízo para homologar o laudo e ao inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, com intuito de obstaculizar a utilização compulsória da arbitragem na solução dos conflitos decorrentes de relações que se enquadram na Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Embora a Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias tenha entendido que os consumidores restariam protegidos da determinação compulsória da arbitragem pela alteração promovida no tocante aos contratos de adesão, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação ofereceu uma subemenda supressiva à emenda nº 11, *o que determinou que na redação final da Lei não constasse como revogado o inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que a utilização compulsória da arbitragem permanecesse considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito.*

A Lei de Arbitragem foi publicada no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996, contendo em seu texto todas as orientações adotadas pela *Operação Arbiter* e promovendo alterações conceituais de grande alcance em relação às disposições anteriores, algumas das quais serão mencionadas agora e analisadas posteriormente.

Uma das principais características da nova lei é que nela a *autonomia da vontade das partes* foi amplamente valorizada. As partes, desde que concorram os pressupostos quanto à capacidade para contratar e quanto ao objeto do litígio versar sobre direito patrimonial disponível, podem dispor de sua vontade livremente para não apenas *escolherem* a instância de solução da controvérsia, (estatal ou arbitral), como também o direito material e processual a ser aplicado para a pacificação do confronto em caso de utilização da arbitragem (as partes podem prever expressamente com base em *qual* direito o árbitro deverá julgar ou mesmo qual

norma do direito positivo deverá ser *ignorada*, ou, ainda, permitir que o árbitro se valha da equidade, dos usos e costumes ou da *lex mercatoria*), conforme art. 1º e art. 2º da Lei.

Outra característica essencial deste diploma legal é o tratamento conjunto da cláusula compromissória e do compromisso arbitral<sup>188</sup>, sob a denominação de *convenção de arbitragem*, conforme art. 3º da lei. Antes, a cláusula compromissória, por ser anterior à existência do litígio e, portanto, virtual, não se considerava como vinculante, mas apenas como promessa de compromisso. Assim, se delineada a lide e seus contornos, um dos litigantes julgasse a jurisdição estatal como sendo a adequada à resolução do conflito, não mais virtual, mas agora concreto, não estaria obrigado à utilização da arbitragem, devendo tão-somente indenizar os prejuízos da outra parte, se houvessem.

Com o fim da distinção entre a cláusula e o compromisso arbitral, ambas revestiram-se de *natureza vinculante*, ou seja, conforme doutrina majoritária, obrigam os contratantes à solução arbitral, vedando o recurso ao Poder Judiciário, com exceção das hipóteses previstas nos art. 32 e 33.

A cláusula compromissória, ainda, é considerada *autônoma* em relação ao contrato que lhe originou, o que significa a possibilidade, em caso de nulidade do contrato principal, de ser mantida a obrigação acessória de submeter as contendas decorrentes do contrato nulo à via arbitral (garantia de que a própria nulidade do contrato será analisada através da arbitragem), de acordo com art. 8º.

Fica garantida, em vista da *natureza vinculante* outorgada, a *execução específica* da cláusula compromissória, prevista no art. 7º, que é um “mecanismo para que, compulsoriamente, seja instituída a arbitragem na hipótese de descumprimento desta cláusula (...)”<sup>189</sup>

Entre as principais alterações impostas ao instituto pela nova lei, resta destacar a *dispensa da homologação da sentença arbitral*, equiparada em tudo à judicial (inclusive para ganhar a designação “sentença” ao invés de “laudo”),

---

<sup>188</sup> A cláusula compromissória é acessória em relação à obrigação principal contraída e deve necessariamente ser expressa, embora lhe seja dispensada a especificação do litígio que será submetido à arbitragem, ou seja, é *ante litem*. Nesta sua característica genérica e abstrata é que reside a diferença em relação ao compromisso arbitral, que, ao contrário, exige menção específica da espécie de litígio e do nome do árbitro. Como se disse, ambas foram equiparadas em seus efeitos. FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 109-110.

<sup>189</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 374.

consoante art. 31, e dela igualmente exigindo-se *relatório, fundamentação e dispositivo* (art. 26). Além disto, *exceto no caso de pactuar-se a possibilidade de recurso na própria convenção de arbitragem*, dispõe o art. 18 que a sentença arbitral não se submete a recurso (o *duplo grau de jurisdição* é exceção). E, na hipótese de ser convencionada esta possibilidade, os recursos a que se submete são dirigidos a órgãos também arbitrais, visto que se considera o Poder Judiciário *incompetente* – argumento que será apreciado posteriormente – para apreciação da causa originalmente submetida à arbitragem, com exceção das hipóteses previstas nos art. 32 e 33, no tocante à nulidade da sentença arbitral, como referido anteriormente.

Finalmente, e um dos pontos que mais interessa à arbitragem comercial internacional, o tratamento dispensado à homologação das sentenças arbitrais estrangeiras adequou-se às exigências da circulação do comércio, reduzindo entraves à execução das sentenças arbitrais proferidas fora do território nacional. O procedimento da *dupla homologação*<sup>190</sup> foi extinto, sujeitando o reconhecimento do laudo estrangeiro unicamente à homologação do Supremo Tribunal Federal<sup>191</sup> e dispensando, portanto, a prévia homologação do laudo no país de origem.

Tais alterações de fato mantiveram-se fiéis aos objetivos da *Operação Arbitrer* e àqueles que esta representava, à proposta da Uncitral, adequando a nova lei às necessidades da economia globalizada. Cabe responder, porém, se estas alterações correspondem a interesses outros além destes, especialmente os daqueles que são excluídos do processo de mundialização do capital, ou se, ao contrário, as alterações a que foi submetida a nova lei somente podem frustrar as expectativas destes e, portanto, as expectativas do movimento pelo acesso à justiça. Este questionamento é o objeto do próximo item do trabalho.

---

<sup>190</sup> A chamada *dupla homologação* consistia na necessidade de que o laudo arbitral estrangeiro fosse previamente homologado no país sede da arbitragem, para que então o STF lhe outorgasse o *exequator*. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*, p. 162-164.

<sup>191</sup> Parte da doutrina acusa a *inconstitucionalidade* do art. 35 da Lei, que dispõe sobre a homologação do laudo estrangeiro pelo STF, visto que a competência deste órgão, prevista no art. 102 CF, é *taxativa* e dispõe, em seu inciso I, h, competência para homologação de *sentença estrangeira*, nada dispondo sobre laudos ou sentenças arbitrais. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 123-124.



## ii.ii. Arbitragem e Democratização do Acesso à Justiça

*“Ó Sol que saras o turvado olhar,  
porque me agradas quando me esclareces,  
mais que saber me é grato duvidar”*

Dante Alighieri. A Divina Comédia.

Viu-se que a arbitragem foi impulsionada preponderantemente para o fim de atender aos interesses do mercado globalizado. Porém, pode-se dizer não ser unívoco o tratamento dado ao instituto, pois muitos autores o vêem como forma de democratizar o acesso à justiça.

Assim, falar em arbitragem é, para alguns, uma forma indireta de falar do tema que versa sobre *acesso à justiça*, tema que ganhou relevância depois da Segunda Guerra, com a ascensão do modelo de Estado social.

A tese defendida pelos doutrinadores da arbitragem é a de que esta, como meio alternativo de resolução de litígios, é uma das respostas possíveis para os problemas pertinentes ao acesso à justiça.

O que se pretende aqui verificar é se, de fato, pode a arbitragem representar uma solução viável para permitir a um número maior de cidadãos ter acesso efetivo à justiça, no sentido cunhado pelos teóricos que estudaram o tema e que representa, como se demonstrará, muito mais do que mero acesso à jurisdição ou a órgãos que prestam serviços jurisdicionais.

Logo, é necessário resgatar os pressupostos do movimento pelo acesso à justiça, para que então seja possível relacionar suas exigências e expectativas com as possibilidades oferecidas pela arbitragem.

### ii.ii.i. O Movimento pelo Acesso Efetivo à Justiça

Quando se trata do *acesso à justiça* é obrigatória a referência ao estudo desenvolvido por Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, denominado *Acesso à Justiça* e que, ao dissertar sobre as mais importantes iniciativas democratizadoras em nível do Poder Judiciário e do acesso ao mesmo, contribuiu significativamente para a virada que sofreu o estudo do processo civil, voltando sua atenção para temas que ocupavam a agenda de sociólogos e de outros pesquisadores de áreas sociais, mas que, até então, não ocupavam um lugar de respaldo entre os processualistas.

O primeiro elemento que se identifica quando se trata do tema *acesso à justiça* é a preocupação em tornar *efetivos* os direitos dos cidadãos, sem resignar-se com o reconhecimento meramente simbólico destes<sup>192</sup>. É o resultado, portanto, de uma *inquietação* que se pretende aqui traduzir.

É fundamental a percepção de que o estudo do acesso à justiça faz-se dentro do enfoque do *acesso à justiça para os pobres e para a defesa dos interesses coletivos de difícil representação*. O acesso efetivo à justiça, não é prescindível recordar, traduz a preocupação com aqueles que, de fato, estão marginalizados face à previsão legal de tutela de seus direitos:

“O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aquelas que se encontravam tradicionalmente isoladas e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais.”<sup>193</sup>

Por isto é que se afirma que é o tema que melhor *equaciona a igualdade jurídico-formal e a desigualdade sócio-econômica*<sup>194</sup>.

CAPPELLETTI explica que *a evolução do conceito de acesso à justiça* decorre do afastamento do sistema de *laissez-faire* próprio dos “estados liberais burgueses”. Para este modelo de Estado, o ***direito formal*** de um *indivíduo* propor

---

<sup>192</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 8.

<sup>193</sup> *Idem, ibidem*, p. 91.

<sup>194</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 146 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 18-19.

ou contestar uma ação era sinônimo de acesso à proteção judicial, sendo desnecessária a atuação do Estado para assegurar a proteção e a efetividade deste mesmo direito:

“A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.<sup>195</sup>

Nada mais óbvio, portanto, que o tema do *acesso à justiça* tenha ganhado relevância com a ascensão de um modelo de Estado voltado para o desenvolvimento – limitado pelos interesses do capital, acrescente-se – de uma fórmula razoavelmente igualitária, a partir da qual o Estado passa a assumir uma *atuação positiva* frente aos direitos sociais básicos.

Por outro lado, esta feição (limitadamente) promotora da igualdade impôs enfrentar não somente o problema da efetividade do acesso, como também o **reconhecimento de que o processo não deve ser “colocado no vácuo”, ou seja, não deve ser pensado na perspectiva da igualdade formal e na ignorância das diferenças concretas que permeiam a técnica processual.**

Reconheceram também os processualistas que a não efetividade do direito de fazer-se representar perante um órgão judicial implicava a **denegação de quaisquer outros direitos**, “uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.<sup>196</sup>

CAPPELLETTI conceitua **efetividade de acesso à justiça como a expressão da completa igualdade de armas entre as partes, ou seja, a busca do equilíbrio das partes no processo.** À igualdade de armas e ao equilíbrio entre as partes opõem-se obstáculos que foram sistematizados pelo autor em três grupos.<sup>197</sup>

O primeiro refere-se às *custas judiciais* e os *honorários advocatícios*, normalmente elevados. Naturalmente, este é o primeiro obstáculo ao efetivo acesso à justiça e é um obstáculo tanto maior quanto menor a disponibilidade financeira da parte.

<sup>195</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 9.

<sup>196</sup> *Idem, ibidem*, p. 11-12.

<sup>197</sup> *Idem, ibidem*, p. 15-29.

Além disto, foi constatado que o valor das custas processuais tende a ser **inversamente proporcional** ao valor da causa, o que faz com que quanto mais baixo o valor discutido, maior o valor pago pela prestação jurisdicional. Isto representa um acréscimo de gastos justamente para quem menos dispõe de recursos financeiros, pois são justamente estes os interessados em discutir causas de menores valores.

Acrescenta-se aos custos do processo, ainda, o **tempo** dispensado para a solução de uma controvérsia jurídica. A demora na entrega prestação jurisdicional “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”<sup>198</sup>.

Por esta razão é que SOUSA SANTOS, ao tratar da lentidão dos processos, cuja demora acarreta um custo econômico tanto mais gravoso a quem menos pode esperar pela solução judicial, disse constituir a mesma uma *tripla vitimização* dos litigantes desfavorecidos, pois 1. as custas do processo são ordinariamente altas; 2. são proporcionalmente mais caras para as causas em que se discutem valores baixos; 3. tem um acréscimo de custo pela demora da decisão<sup>199</sup>.

No segundo grupo, foram identificados os obstáculos à *paridade de armas* no tocante às possibilidades das partes, pois **em sociedades crescentemente desiguais, as desigualdades permeiam o processo, determinando muitas vezes seu resultado**. As principais diferenças que influenciam no curso e na solução de um processo referem-se aos recursos financeiros das partes, à aptidão para reconhecer uma situação como jurídica e à frequência com que se é litigante.

No primeiro caso, as conseqüências das diferenças são óbvias e dispensam explicações, além de se fazerem sentir nas outras duas hipóteses. A dificuldade de reconhecer um direito liga-se à educação e à informação que a parte possua e que lhe habilite a compreender as conseqüências jurídicas de uma situação de seu cotidiano. A frequência com que uma parte integra uma relação processual também determina diferentes posições dentro do processo, conferindo vantagens a quem é habituado aos trâmites jurídicos – o chamado *litigante habitual* –, seja por causa da

---

<sup>198</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 20.

<sup>199</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 147.

experiência adquirida, seja pela possibilidade de travar relações informais com os funcionários da justiça local, seja pela possibilidade de traçar e experimentar estratégias a serem usadas.

O terceiro grupo trata da tutela dos direitos e interesses difusos. Na verdade, os direitos difusos são um entre o grupo dos chamados de *conflitos de massa*, nos quais pode-se destacar, além daquele, os interesses coletivos e os individuais homogêneos.

Os direitos difusos são *transindividuais*, *indivisíveis*, atingem pessoas *indeterminadas* ligadas entre si por *circunstâncias de fato* e, por sua própria natureza, são mais difíceis de serem protegidos, uma vez que se referem a muitas pessoas e a ninguém especificamente. É o caso do direito ao meio ambiente saudável e da proteção aos consumidores.

Os direitos coletivos são também *transindividuais*, porém referem-se a um grupo de pessoas *determináveis*, ligadas por uma *situação jurídica* comum (pertencentes a uma associação, por exemplo).

Os direitos individuais homogêneos pertencem a pessoas *determinadas* e têm uma *origem comum*, seja esta de fato ou de fato juridicamente igual. Embora estes direitos tenham origem comum, os danos que podem acarretar a cada uma das vítimas podem ser diferenciados, o que determina sua natureza *individual*<sup>200</sup>. Uma empresa que disponibiliza produtos que não oferecem condições de segurança necessárias, por exemplo, agride o direito difuso da coletividade quanto à segurança dos bens de consumo e, para consumidores específicos que hajam sofrido danos decorrentes da falta de segurança do produto, surge o direito à tutela dos interesses individuais homogêneos, a serem mensurados em cada caso.

Vários são os obstáculos que se opõem a estes tipos de direitos e interesses e que foram ressaltados por CAPPELLETTI. O primeiro refere-se ao problema da legitimação ativa para a causa, uma vez que *estes interesses são protagonizados por grupos sociais e sua titularidade individual é problemática*<sup>201</sup>. O segundo refere-se ao custo da demanda, que será bastante elevado se enfrentado por um indivíduo que se presume legítimo para propor a ação. O terceiro refere-se à limitação da

---

<sup>200</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 88-89.

<sup>201</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 150.

reparação do dano, que poderá atingir o prejuízo do autor, mas não o prejuízo da comunidade.<sup>202</sup>

Depois de constatar os principais obstáculos à efetividade do acesso à justiça, CAPPELLETTI elencou algumas soluções práticas para os mesmos, sistematizando-as em três “ondas”.

A primeira onda vislumbrada pelo autor é a busca da solução para o acesso à justiça através da *assistência jurídica gratuita*<sup>203</sup>.

As primeiras tentativas de prover assistência judiciária aos que não tinham condições de pagar um advogado iniciaram no século passado, através de leis que obrigavam os advogados à prestação de serviços gratuitos para os que não podiam pagar por eles. Posteriormente, no decorrer deste século, e principiando em países que passaram a assumir legislações protetivas, tais como Alemanha, em 1919, e Inglaterra, em 1949, o Estado decidiu remunerar pelos cofres públicos o trabalho dos advogados que prestassem *consultas* ou *assistência judiciária*. A partir daí, cada vez mais países assumiram a assistência judiciária como ponto fundamental da reforma do judiciário visando ao efetivo acesso e como uma agenda da seguridade social.

Este sistema de prestação de assistência judiciária, chamado de *Sistema Judicare*, embora viabilizasse o acesso de um cidadão sem recursos financeiros ao Judiciário, deparava-se com *a limitação de não poder fornecer a necessária informação para que um cidadão pudesse reconhecer um fato como jurídico e, sobretudo, com o limite do atendimento individual. Os problemas que uma pessoa pobre sofre são muitas vezes problemas de classe e só podem ser superados se tratados coletivamente, como é o caso de problemas decorrentes de falta de saneamento básico.*

Com vistas a atender este tipo de caso foi desenvolvido um modelo, experimentado nos Estados Unidos, através do qual os advogados atuavam em “*escritórios de vizinhança*”, favorecendo o atendimento aos problemas da comunidade local, a partir de um *enfoque de classe*, exercendo pressão contra o Poder Judiciário, através de *lobbys*, para sensibilização quanto aos problemas

---

<sup>202</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 26-28.

<sup>203</sup> Embora CAPPELLETTI fale em *assistência judiciária gratuita*, a escolha da expressão *assistência jurídica gratuita* deve-se à distinção fundamental entre as duas. A segunda compreende a primeira, mas a transcende, incluindo também o serviço de assessoria jurídica, consistente na prestação de informações em nível extrajudicial.

locais. Entretanto, neste caso, eram privilegiados os problemas coletivos e os recursos destinados aos escritórios de bairro eram insuficientes para prover também o atendimento individual, que restava desprotegido. Finalmente, este programa deparava-se com sérias limitações de natureza política, já que destinavam muitas vezes suas demandas contra o mesmo governo que financiava o programa assistencial.

Como os dois sistemas apresentavam limitações, alguns países optaram por trabalhar com a combinação entre os dois modelos, permitindo enfocar tanto as demandas de cunho *coletivo*, através de uma perspectiva de *classe*, como também as demandas de caráter *individual*, melhor atendidas pelo método *judicare*<sup>204</sup>.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil tratou do tema da assistência judiciária procurando dar-lhe ampla significação. Optou, assim, por garantir “assistência jurídica integral e gratuita”, extrapolando, portanto, os limites da assistência prestada para estar em juízo e garantindo a **assessoria preventiva e extrajudicial** e, com isto, assegurando o *direito à informação*, sem a qual, como se disse, um cidadão não pode reconhecer uma situação do cotidiano como jurídica. A assistência jurídica divide-se, assim, em dois planos. O primeiro refere-se à *assistência judiciária* prestada (em juízo) pela Defensoria Pública e por advogados particulares, patrocinados de acordo com as Leis 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 e 8.906 de 04 de julho de 1994. O segundo refere-se à assistência jurídica preventiva e extrajudicial prestada pela Defensoria Pública<sup>205</sup>. Também foram estabelecidos convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, tendo sido desenvolvido um sistema de rodízio entre os advogados habilitados, remunerados através de fundos instituídos por órgãos governamentais<sup>206</sup>.

Apesar da previsão constitucional de assistência jurídica integral, para que esta funcione é necessário um número suficiente de advogados e uma remuneração condizente com os trabalhos que devam ser prestados. Entretanto, é sabido que a assistência jurídica não é prestada de forma satisfatória<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 35-46.

<sup>205</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*, p. 58-60.

<sup>206</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 78.

<sup>207</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 47-48 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 79.

Ilustra bem esta situação a pesquisa sobre a justiça do pobre realizada nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo no ano de 1980. No primeiro, haviam seis milhões e setecentas mil pessoas que se enquadravam no perfil do usuário da assistência judiciária gratuita. No segundo, doze milhões e setecentas mil pessoas. Entretanto, no Rio de Janeiro tinha-se uma ação cível para cada oitenta habitantes e em São Paulo, uma para cada quarenta e cinco habitantes (enquanto que em Nova Iorque tinha-se uma ação cível para cada oito habitantes). O autor da pesquisa concluiu que uma vez que não há serviços de assistência judiciária para todos, é claro que a justiça não se faz para todos<sup>208</sup>.

Apesar das limitações próprias à assistência judiciária – e que implicam pensar-se em outras formas de solução para o acesso à justiça – CAPPELLETTI vê a assistência judiciária como uma *possibilidade* de representação dos interesses dos pobres que tende a superar a esfera criminal e de família para expandir-se para o campo dos *novos direitos*.

A importância de vislumbrar-se esta possibilidade reside no fato de que o acesso à justiça civil é, para os pobres, inversamente proporcional ao acesso à justiça criminal. No Brasil, pesquisas demonstraram que *70% da população não tem qualquer acesso à justiça civil* e que, entretanto, esta parte da população excluída da litigância civil é justamente composta pelas pessoas que *se submetem à justiça penal, na qualidade de réus*.<sup>209</sup>

A *segunda onda* de que trata CAPPELLETTI é a da *representação dos interesses difusos*, destacando algumas iniciativas para representação dos mesmos<sup>210</sup>.

O problema da legitimação para agir implica o reconhecimento dos limites do modelo liberal de Estado e de Direito, pensados em nível individual e traduzidos na idéia de sujeito de Direito e, no caso do processo civil clássico, para a “categorização da ação como um direito subjetivo”<sup>211</sup>. Implica, portanto, a ruptura

---

<sup>208</sup> Pesquisa realizada por João Piquet Carneiro citada em LIMA LOPES, José Reinaldo. *A Função Política do Poder Judiciário*, p. 133-134.

<sup>209</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo. *Idem*, p. 133-134.

<sup>210</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 49-67.

<sup>211</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*, p. 39.



com a noção de legitimação para a causa “concebida nos limites da coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação”<sup>212</sup>.

A *ação governamental* é a primeira iniciativa descrita pelo processualista italiano e dá-se principalmente através dos órgãos do Ministério Público, que, entretanto, não se mostra muito eficaz, apesar do leque crescente de atribuições que lhe são conferidas, o que se explica, dentre outros fatores, pela relutância de assumir papéis que não sejam os tradicionais e restritos<sup>213</sup>...

A segunda técnica elencada é a do *Procurador-Geral Privado*, ou seja, a permissão para propositura de ações visando a interesses públicos ou coletivos por *indivíduos*, chamados de “procurador-geral privado” ou de “*demandante ideológico*” (esta última expressão é usada em contraposição ao demandante habitual, que leva a juízo direitos individualizados)<sup>214</sup>.

A terceira técnica é a do *Advogado Particular do Interesse Público*. Trata-se da permissão para que *grupos e associações ingressem com ações coletivas no interesse público*. Um dos inúmeros exemplos trazido pelo autor refere-se à previsão da legislação alemã para que associações de consumidores possam ingressar com ações visando a anular determinadas cláusulas contratuais em contratos de adesão, de cujas decisões poderão os consumidores individuais se valer posteriormente para invalidar cláusulas de contratos celebrados por eles<sup>215</sup>.

Outra classe de reformas é a que pretende fortalecer a atividade dos grupos particulares, pois o reconhecimento da legitimidade destes grupos é, por si só, insuficiente, já que os mesmos requerem recursos econômicos e técnicos com os quais muitas vezes não contam. Por isto é que, embora a previsão legal para intentarem ações, poucas são as associações que efetivamente se valem destas oportunidades.

Nesta *segunda classe de reformas* enquadra-se a criação das *Sociedades de Advogados de Interesse Público*, desenvolvidas nos Estados Unidos, cujo objetivo é superar as dificuldades de representação tanto de organizações como de demandantes ideológicos através da formação de *sociedades de advogados liberais*,

---

<sup>212</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 68.

<sup>213</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 51-55.

<sup>214</sup> *Idem, ibidem*, p. 55-56.

<sup>215</sup> *Idem, ibidem*, p. 58.

que podem variar tanto em tamanho quanto em especialidades temáticas, sendo que muitas, nos Estados Unidos, mantinham-se por meio de contribuições filantrópicas<sup>216</sup>.

Entretanto, acrescenta CAPPELLETTI, a melhor solução é que permite combinar as distintas técnicas, legitimando tanto as ações coletivas, quanto as sociedades de advogados, a assessoria pública e o advogado público<sup>217</sup>.

No Brasil, a percepção de que os conflitos de massa exigem a “*molecularização do direito e do processo*” e a superação do modelo processual individualista<sup>218</sup> foi levada a cabo pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 24 de julho de 1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), podendo-se dizer que “Atualmente é possível a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”<sup>219</sup>, uma vez que foram desenvolvidos mecanismos que prevêm a legitimação do Ministério Público, de entidades ou órgãos da administração pública destinados à defesa dos interesses transindividuais (como é o caso dos PROCON’S), de associações legalmente constituídas há no mínimo um ano e que tenham por fim a defesa de direitos transindividuais, entre outros.

Acrescente-se que nas ações coletivas não há adiantamento de custas processuais, nem condenação ao pagamento de custas, despesas ou honorários advocatícios em caso de sucumbência, exceto na hipótese de litigância de má-fé<sup>220</sup>, o que é um incentivo importante ao uso das mesmas.

A *terceira onda* diz respeito a um enfoque mais amplo de acesso à justiça, que compreende a necessidade de – sem abandonar as conquistas veiculadas pelas demais técnicas e que objetivaram a superação do mero reconhecimento formal da igualdade com vistas à obtenção de um equilíbrio real entre as partes – buscar instrumentos procedimentais aptos a efetivar os novos direitos, pois “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”<sup>221</sup>.

---

<sup>216</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 60-62.

<sup>217</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

<sup>218</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 68-69.

<sup>219</sup> *Idem, ibidem*, p. 88.

<sup>220</sup> *Idem, ibidem*, p. 91.

<sup>221</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 67-68.

É imprescindível a observação de que “terceira onda” remete a novos instrumentos procedimentais em dois planos: um extraprocessual (ou melhor, extrajudicial, uma vez que trata de processos desenvolvidos fora da esfera judicial estatal) e outro endoprocessual. Muitos autores têm reduzido a “terceira onda” ao primeiro plano, ignorando de todo a necessidade de que se adapte o processo (judicial estatal) às necessidades das novas demandas, sem o que poderia o mesmo restar, além de inacessível, inútil em muitos casos.

Pode-se dizer, portanto, que a preocupação com efetivação dos direitos substanciais conduziu à preocupação com a efetividade dos procedimentos, pois destes depende a possibilidade de sua materialização.

Esta preocupação decorre da ***consciência de que a representação dos interesses, tanto individuais dos pobres, como daqueles coletivos, é insuficiente à consecução do acesso efetivo à justiça e da percepção de que as vantagens obtidas em nível do ordenamento jurídico não correspondem diretamente à distribuição de vantagens na realidade***. Ao contrário, a mudança das regras pode tornar-se um mero “*substitutivo simbólico*”<sup>222</sup>. Daí a necessidade de pensar-se novos procedimentos aptos a tornar exeqüíveis os novos direitos, sem o que os mesmos se tornam simples declarações políticas, de função mistificadora<sup>223</sup>.

A verificação de que são *as regras procedimentais que imprimem vida aos direitos substantivos* levou a temática do acesso à justiça a pensar a necessidade de ***adaptar o processo civil ao tipo de litígio e mesmo às partes que o integram***<sup>224</sup>.

Importante esclarecer que não se trata aqui de tornar efetivo um direito numa perspectiva individual. Não que vitórias em demandas de caráter individual sejam irrelevantes, mas é necessário *não superestimar os efeitos de vitórias judiciais* para que os esforços necessários à obtenção de *êxitos políticos* de caráter mais universal não sejam colocados de lado.

Portanto, quando se fala em busca de novos instrumentos processuais adequados ao litígio e às partes remete-se sobretudo a técnicas capazes de tornar

---

<sup>222</sup> GALANTER *apud* CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 68.

<sup>223</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 146.

<sup>224</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Idem*, p. 71-72.

exeqüíveis os novos direitos de caráter coletivo, *imprimindo função política ao trabalho na esfera dos tribunais*.

Já foi dito que a desorganização e desaparelhamento da Justiça são a manifestação não apenas de um descaso típico com os cidadãos, e com as classes populares em especial, mas do receio de que esta se preste a formas de redistribuição de renda<sup>225</sup>.

No Brasil, esta preocupação inerente à *terceira onda* se fez presente entre os maiores processualistas e redundou no movimento pela *instrumentalidade das formas processuais*, responsável pela renovação do pensamento dos processualistas pátrios, que perceberam a necessidade de que o processo fosse voltado à consecução do direito substantivo<sup>226</sup>.

Também se percebeu que o processo civil clássico, calcado no modelo liberal, *na segurança jurídica do indivíduo contra os abusos do Estado e na equiparação da pessoa aos bens que a mesma possuía*, não é apto a tutelar os chamados *novos direitos*, cuja natureza **não patrimonial** não se compadece com a classificação tripartite de sentenças e com a *tutela ressarcitória* própria daquele modelo de processo. Por isto a consagração dos novos direitos (como o direito a um meio ambiente saudável, por exemplo) necessita de uma **tutela preventiva**, capaz de *inibir* o dano potencial, e não de instrumentos que, *depois de consolidado o dano*, possam declarar o prejuízo decorrente daquele, isto porque trata-se de dano cuja ressarcimento nunca alcançará a mensuração total de seus prejuízos. Situação que, afinal, implicaria a incapacidade de imprimir efetividade ao direito, *hipótese que corresponderia à sua denegação* e, em última instância, à conversão de todo e qualquer direito em “*direito à indenização*”<sup>227</sup>.

Não será inconveniente acrescentar que, além da “*herança ressarcitória*” deixada pelo modelo liberal, tem-se também, decorrente do pavor do abuso do Estado contra o cidadão, justificado na época da ascensão do liberalismo, uma incapacidade de vislumbrar-se outra figura, que não a do Estado, como violadora de garantias individuais ou coletivas. Demonstração disto foi o veto a que foi submetido

---

<sup>225</sup> Limitada por outros fatores, entre os quais se destacam o próprio *desarmamento dos conflitos* (ou esvaziamento do seu conteúdo político) e a *dificuldade de inserir as decisões individuais no todo social*. LIMA LOPES, José Reinaldo. *A Função Política do Poder Judiciário*, p. 137-142.

<sup>226</sup> Trata-se da obra já clássica sobre a instrumentalidade do processo. DINAMARCO, Candido. *A Instrumentalidade do Processo*.

<sup>227</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 55.

o art. 85 do Código de Defesa do Consumidor, que previa o uso do mandado de segurança contra pessoas físicas ou jurídicas, e que encontraria utilidade em inúmeros casos para inibir transgressões de grandes fornecedores contra consumidores e em outras tantas hipóteses nas quais o poder econômico, em mesma ou maior medida que o poder estatal, exerce abusos contra indivíduos ou grupos incapazes de se defenderem<sup>228</sup>.

Além da preocupação em tornar efetivas as tutelas jurisdicionais, adequando-as aos novos direitos e às novas necessidades, tem-se também que perceber que o processo judicial estatal é “coexistencial”. A existência de outros métodos, alternativos à jurisdição estatal, deve ser reconhecida e seu uso deve ser estimulado, sobretudo nas hipóteses em que estes se mostrarem mais propícios do que o processo contencioso estatal.

É o caso, por exemplo, da *mediação*, recomendada como meio de solução de conflito em relações continuativas. Naturalmente, é muito mais conveniente buscar um acordo quando se trata de uma controvérsia entre pessoas da mesma família, por exemplo, do que simplesmente impor uma solução, declarando o vencedor, o que frustra muitas vezes as expectativas do próprio litigante favorecido com a decisão<sup>229</sup>. Um filme chinês, *A História de Kiu Ju*, retrata com grande riqueza as dificuldades que uma esposa enfrenta para obter dos órgãos burocráticos estatais uma solução para um problema que se trava entre seu marido e outro homem de sua comunidade. Ao final de inúmeras viagens e desgastes, a mulher, que estava grávida, retorna ao seu lar e aceita as desculpas informais propostas pelo ofensor de seu marido, que a ajuda do momento do parto. O filme, entretanto, termina com a prisão do ofensor, pois a “justiça” chega e se impõe, alheia ao tempo da controvérsia e à solução que lhe fora dada. Mas sobretudo a “justiça” se faz contra as

---

<sup>228</sup> A fundamentação do veto explicita bem a ideologia liberal que o embasa: “As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público”. A propósito do voto, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor comentou: “Qual a razão política ou jurídica para restringir a tutela de direitos através de uma ação eficaz e célere, como a ação de Mandado de Segurança, somente às relações jurídicas entre particulares e poderes públicos? O que a doutrina mais avançada hoje acentua é, precisamente, a necessidade de urgente criação de processos mais ágeis e dotados de maior efetividade para a tutela de relações jurídicas entre particulares, principalmente as de natureza não-patrimonial, o que ainda desta feita não foi possível em razão da estreiteza de visão do veto presidencial”. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 530-531.

<sup>229</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça e a Função do Jurista. *RePro* v. 61, p. 152-153 e CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 72.

expectativas de ambas as partes. A prisão do ofensor, ainda que fosse tempestiva, não teria podido solucionar a controvérsia, mas, ao contrário, apenas poderia agravá-la.

Uma advertência que não chegou a surtir grandes efeitos no Brasil é a de que a conciliação, quando levada a cabo previamente ao julgamento de um processo, deva ser conduzida por pessoa diferente da que julgará a contenda, caso a conciliação não obtenha sucesso. Esta preocupação se justifica porque, nesta hipótese, pode o conciliador “inconscientemente impor o “acordo” pela ameaça implícita em seu poder de decidir”<sup>230</sup>.

O tema do acesso efetivo à justiça tem, finalmente, um papel ideológico entre os processualistas, qual seja, o de *desmitificar a neutralidade ideológica do juiz e da técnica processual*, implicando pensar não apenas em técnicas que permitam a igualdade de oportunidades – traduzidas para a efetividade do acesso aos órgãos de administração da justiça –, como também a ***mitigação da desigualdade substancial que pode ocorrer dentro do processo***<sup>231</sup>.

Partindo desta perspectiva, o acesso efetivo à justiça requer necessariamente um **juiz mais ativo**, pois “**ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes**”<sup>232</sup>. A postura que deve ser assumida pelo juiz, proposta por CAPPELLETTI, é hoje aceita inclusive entre os juristas mais conservadores, pelo menos no tocante à crítica à passividade da postura do magistrado, e encontra no Brasil muitos adeptos:

“Esta [a sociedade] já não consente ao juiz que se recuse a exercer sua responsabilidade política e ética sob o surrado pretexto de uma agnóstica neutralidade, que nem os mais conservadores conseguem hoje sustentar.”<sup>233</sup>

A figura do juiz passivo fundava-se no temor que tinham os liberais de que o juiz se tornasse um déspota, cujo arbítrio não pudesse ser controlado. Tendo em vista os sistemas jurídicos pluralistas próprios da Idade Média e da função de juiz exercida pelos senhores feudais no domínio de suas terras, com conhecidos casos

---

<sup>230</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 109-110.

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 25-26.

<sup>232</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Idem*, p. 77.

<sup>233</sup> O autor defende uma postura de *boa rebelião* por parte dos juízes como necessária a que o Judiciário resgate o respeito perdido entre os destinatários de suas decisões. A perda da legitimidade estaria motivada, entre outras razões, pela incapacidade que se tem demonstrado para resolver as demandas que lhe são propostas. NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*, p. 167.

de desmandos sem qualquer tipo de controle, pode-se dizer que, relativamente àquele momento histórico, tal temor, representado pela idéia da rígida separação de poderes e da imposição de atividade automática ao juiz encontrava ampla justificativa<sup>234</sup>.

Entretanto, já se viu que o Direito é sempre resultado das distintas forças que atuam numa dada época. Desde as revoluções burguesas que marcaram a Idade Moderna até hoje, o papel do Estado, e conseqüentemente do Judiciário, mudou sensivelmente. O juiz, hoje, muito ao contrário do que ocorria na Idade Média, tornou-se garante dos mais importantes direitos sociais, sendo-lhe totalmente incompatível com o exercício da função jurisdicional que se lhe incumbia o papel submisso que lhe fora antes outorgado.

O juiz (*aparentemente*) neutro e de postura passiva ante o processo não condiz com a *era dos direitos*<sup>235</sup>, pois, **pela inércia resultante de sua indiferença frente aos princípios da igualdade substancial entre as partes e da paridade de armas, é, ele próprio, um dos obstáculos à efetividade do acesso à justiça**, pois, como se viu, *é justamente pela concretização destes dois princípios*<sup>236</sup> *que se caracteriza o acesso à justiça*.

Assim entendido, é natural compreender que *a participação ativa do juiz no processo* é instrumento fundamental para que o acesso à justiça se torne efetivo. Sem ela, ainda que se superem os obstáculos econômicos – reduzindo ou mesmo abolindo as custas processuais em casos determinados – e os obstáculos culturais – popularizando as consultas jurídicas – que impedem uma demanda, *o processo somente servirá para **corroborar** as diferenças existentes na sociedade*, pois não conseguirá expurgar ou ao menos atenuar as vantagens de um litigante sobre outro (mormente nos casos que se trate de um *litigante habitual*).

---

<sup>234</sup> BECCARIA é um clássico do pensamento jurídico liberal. Para época em que escreveu, negando de todo a possibilidade de que *a lei se submetesse à subjetividade do juiz*, tal idéia representava um grande avanço. Tal avanço, apreendido, deve, naturalmente, ser superado. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*.

<sup>235</sup> Ainda que o fenômeno da desregulação e da deslegalização de que se tratou anteriormente esteja em curso, isto não descaracteriza as conquistas sociais e políticas garantidas juridicamente e nem autoriza o juiz (e qualquer outro operador do Direito) a ignorar que o Estado permanece sendo garantidor e destinatário das normas sociais (ver item i.ii.ii infra). Ao contrário, tal contexto exige do juiz – mais do que nunca – uma firme postura *acertadamente rebelde* (para usar a expressão de José Renato Nalini), criativa e sobretudo positiva.

<sup>236</sup> Complementarmente aos outros, como se pode inferir...

Por esta razão é que já se advertiu que o juiz deve ser zeloso no cumprimento de sua função, pois o processo não deve existir para premiar o litigante mais hábil e preparado, mas sim para dar razão a quem a possuir<sup>237</sup>.

Inúmeros são os exemplos em que *a atuação do juiz é fundamental para garantir a igualdade substancial* entre as partes quando se manifestar *a ruptura entre a igualdade legal e a igualdade real*, ou seja, quando a igualdade formal reconhecida pela lei seja contraposta à desigualdade social, cultural ou econômica imposta no plano da realidade <sup>238</sup>. Assim, acredita-se cada vez mais ser tarefa do juiz prestar informações às partes quanto aos ônus que lhes incumbem, chamando-lhes a atenção sobre a necessidade de que comprovem alegações que restaram incertas. Afinal, os poderes instrutórios do juiz fundam-se no escopo da jurisdição de realizar justiça, acima de qualquer interesse das partes (tutelando, portanto, o interesse público – na justiça – antes de qualquer outro). É lógico, porém, que o escopo de realização da justiça no caso concreto não exclui o interesse das partes. Ao contrário, estes são complementares, como são também complementares os poderes instrutórios do juiz e a iniciativa das partes, sem a qual o processo não se realiza.

O que se quer ressaltar, entretanto, é que uma *correta interpretação do princípio dispositivo*<sup>239</sup> não intimida a participação ativa do juiz no processo, pois o que não se deve permitir, em nenhuma hipótese, é a *entrega da sorte do processo à vontade das partes*. Aliás, como já se demonstrou, a instrução do processo na busca da verdade é interesse do Estado e, conseqüentemente do juiz, na qualidade de seu agente, sem exclusão, repete-se, do interesse das partes<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C., Dimensiones Sociales Del Proceso Civil, *RePro*, v. 45, p.142.

<sup>238</sup> Um dos exemplos possíveis refere-se à exigência de que a parte adiante as despesas dos atos processuais que realiza ou requer (art. 19 do Código de Processo Civil). Embora esta disposição seja *formalmente* igualitária, pode ferir, *de fato*, o princípio da igualdade e da ampla defesa, se a parte não dispuser de meios materiais para prover a exigência da lei. BARBOSA MOREIRA, J. C., A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, *RePro*, v. 37, p.141.

<sup>239</sup> O princípio dispositivo, outro legado do liberalismo jurídico, determina que o juiz, para a instrução da causa, depende, quanto às provas, da iniciativa das partes. Este princípio foi sendo reexaminado na medida em que a visão publicista do processo se estabeleceu, passando a ser visto de forma relacional com o princípio do impulso oficial, já que não se admite mais que o juiz seja um mero espectador do processo. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 64-67.

<sup>240</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C., A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo, *RePro*, v. 37, p.140-150.



Finalmente, a figura da neutralidade pode implicar outra, mais grave, da cumplicidade, pois o “juiz neutro” envolve suas decisões numa capa de respeitabilidade, na medida em que suas decisões preenchem, do ponto de vista formal, as exigências legais que, entretanto, de um ponto de vista concreto, não foram cumpridas. Neste caso, o juiz torna-se cúmplice do processo que legaliza e legitima a discriminação social da parte mais frágil<sup>241</sup>.

Enfim, pode-se dizer, brevemente, que o movimento pelo acesso à justiça implica:

- a. pensar o Direito a partir de um modelo de Estado Social, ou seja, na perspectiva da assunção de maiores obrigações do Estado frente aos cidadãos, individualmente considerados ou organizados em grupos;
- b. um esforço teórico e político por parte dos juristas a fim de que fossem efetivados os direitos formalmente reconhecidos;
- c. o reconhecimento de que o acesso à justiça foi desenvolvido a fim de atender os interesses dos pobres e os de difícil representação;
- d. a compreensão de que o processo não pode ser “colocado no vácuo”, ou seja, de que deve ser estruturado tendo em vista as partes e as necessidades que o compõem;
- e. a equiparação entre a efetividade do acesso à justiça e a paridade de armas entre os litigantes;
- f. o papel ativo do juiz, a fim de conduzir o processo dentro dos parâmetros propostos pelo movimento do acesso à justiça.
- g. a necessidade de adequar as tutelas e os procedimentos judiciais aos tipos de demandas propostas, bem como de valer-se de meios alternativos à jurisdição estatal, de acordo com as peculiaridades de cada tipo de conflito e
- h. a negação do dogma da neutralidade do Direito – e de seus operadores – e a assunção do caráter político do mesmo, cuja manifestação ocorre tanto dentro da esfera judicial quanto fora dela.

O movimento pelo acesso à justiça enriqueceu sobremaneira a visão antes tecnicista dos processualistas, sensibilizando-os para a necessidade de *tornar impuro o Direito*, ou melhor, despertando-os para a necessidade de *reconhecer a*

---

<sup>241</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37-38.

*impureza do Direito*<sup>242</sup>. Por isto alguns processualistas, imbuídos das inovações trazidas pelo movimento do acesso à justiça como método de pensamento, falam em um *novo processo*:

**“Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. (...) Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade.** Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo. (...)”

Esse processo novo, insurgente, assentará, basicamente, nos seguintes princípios:

**Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo**, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada, mediadora confiável tanto para solução dos conflitos sociais que reclamem e comportem solução mediante um procedimento contraditório, em que a confrontação de interesses gere as soluções normativas de compromisso e conciliação dos contrários (...)”<sup>243</sup> (grifou-se)

---

<sup>242</sup> Naturalmente, não é mérito seu aperceber-se do discurso do poder implícito ao Direito. A Filosofia do Direito e a Sociologia Jurídica têm longo histórico de estudos a respeito das ligações entre Direito e Poder. O mérito do movimento pelo Acesso à Justiça foi o divulgar, entre os juristas, sobretudo processualistas, os resultados das pesquisas realizadas por aquelas duas disciplinas, vencendo, portanto, o conhecido preconceito que têm os juristas em lidar com métodos que não o positivista.

<sup>243</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: *Participação e Processo*, 95-96.

### **ii.ii.ii. Arbitragem e Democratização do Acesso à Justiça: Limites e Possibilidades**

A figura do juiz ativo e participativo, apto a dirigir o *novo processo*, alçado à condição de instrumento de participação política<sup>244</sup>, não se caracteriza por ser um *juiz antiformalista*. Poder-se-ia afirmar exatamente o contrário, pois, como se disse, a *formalidade consiste em garantias contra o arbítrio*, garantias estas construídas historicamente e assimiladas pelos ordenamentos jurídicos positivos. Muito diferente da formalidade, porém, é o formalismo, que consiste no culto da forma pela forma, como se esta fosse um fim em si mesma, destituída de sentido.

Entretanto, como se demonstrou no item i.i.iii deste trabalho, *o formalismo destituído de sentido é a manifestação concreta da irracionalidade, constituindo-se, portanto, como negação, em muitos casos, da formalidade*. Ora, se o juiz participativo prima pela consecução das garantias legalmente previstas, prima pela efetividade das formas, não pode, como se depreende, ser taxado, como alguns juristas conservadores apressam-se em afirmar, de antiformalista. Este rótulo, aliás, poderia ser aplicado àquele juiz que, apegado aos formalismos, é, entretanto, despreparado para exercer a necessária *mediação entre a forma (garantia) e a realidade para a qual foi a mesma desenvolvida*.

Por isto a discussão sobre a efetividade do Direito e das garantias formalmente previstas faz retomar o tema sobre o dualismo entre forma e formalismo, cuja dicotomia permite reconhecer, de um lado, a medida de modernidade e de emancipação de um ordenamento jurídico e, de outro, o grau de irracionalismo do sistema judiciário no qual aquele se enquadra.

Sendo a racionalidade jurídico-formal determinada pela racionalidade material, ou seja, por fatores econômicos, políticos, utilitários, etc., a *deformalização do processo como resposta para a inefetividade da forma*, é, na verdade, mais uma

---

<sup>244</sup> Convém recordar a advertência feita por Elias Diaz, citado por Ovídio Baptista da Silva, de que é uma deformação ideológica tomar por real um produto mental separado da realidade social. (SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: *Participação e Processo*, p. 110) Assim, o *novo processo* de que falou Calmon de Passos não pode ser tomado por realidade. Entretanto, sua força criativa não pode ser desprezada, deve antes ser tomada como *referencial para ação*.

etapa do processo de racionalização do Direito, na qual se acirra a tensão entre racionalidade formal e material, tensão esta que conduz, necessariamente, a questionar os limites de um sistema judiciário hermético ou monista, que ignora as manifestações plurais tanto de produção quanto de aplicação de normas jurídicas, como é o caso dos meios alternativos de solução de controvérsias:

“Sem sombra de dúvida, a forma é importante como garantia contra o arbítrio, como supedâneo da legalidade e da imparcialidade. O processo deve, assim, ser formal. Mas no momento em que se estabelece verdadeira adoração à forma, deixa o processo de ser formal, tornando-se formalista (...) essas críticas deságuam em um só canal, ou seja, levam-nos a buscar alternativas para promover a pacificação social. Tais alternativas nada mais são do que os equivalentes jurisdicionais: a conciliação e a arbitragem”<sup>245</sup>

A arbitragem corresponderia, portanto, não somente à exigência transnacional pela informalização dos meios de solução de controvérsias, mas justificaria a tendência, impulsionada pela “terceira onda” reformadora, a vislumbrar os meios alternativos de solução de conflitos como forma de superar, *do ponto de vista do consumidor da justiça*, os problemas decorrentes do excessivo formalismo inerente às práticas judiciárias, da demora do processo e de seus altos custos.

Resta, portanto, feitas estas considerações acerca do movimento pelo acesso efetivo à justiça, estabelecer a ponte entre este e a arbitragem, a fim de verificar, como se propôs no início deste tópico, se a mesma pode ser uma alternativa possível à superação dos entraves ao acesso à justiça.

É possível desde logo afirmar, porém, que, se a arbitragem ou os demais equivalentes jurisdicionais surgem como uma resposta ao excessivo formalismo jurídico, não podem, por outro lado, ser uma resposta integral ao mesmo, pois, como se demonstrou, ao formalismo destituído de sentido impõe-se a compreensão do processo como instrumento de participação e a atitude positiva do juiz participativo, mediador entre a forma e a realidade na qual deve inserir-se. É antes, portanto, necessária uma resposta à *crise de mentalidade*<sup>246</sup> dos magistrados e juristas, a exigir também reforma de procedimentos e tutelas em nível endoprocessual e não

---

<sup>245</sup> FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 36 e 39.

<sup>246</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. In: *Revista de Direito Público* v. 98, p. 22-23.

apenas extrajudicial, razão pela qual sublinhou-se a importância de compreender a “terceira onda” de forma ampla e integral e não apenas em uma de suas vertentes.

Da mesma forma, é necessário compreender que, embora, a fim de sistematizar sua pesquisa, CAPPELLETTI tenha classificado as distintas abordagens para solução do acesso à justiça em três “ondas”, as mesmas não são estanques. Se a assistência jurídica gratuita foi objeto de análise na “primeira onda”, isto não significa que *o interesse pela representação dos pobres e dos hipossuficientes culturais é preocupação esboçada apenas naquela, ao contrário, é a preocupação que motiva toda a obra, todas as “ondas”, podendo-se dizer que é a preocupação que liga as distintas abordagens, observação fundamental para que não se perca o objetivo* do movimento pelo acesso efetivo à justiça.

A tentativa de estabelecer a ponte entre a arbitragem e o acesso à justiça depara-se inicialmente com a dificuldade decorrente da abordagem amplamente diferenciada que o tema ganha entre os distintos autores. Assim, o instituto da arbitragem percorre um caminho que vai do entusiasmo de ser considerado solução para os males do sistema jurídico em geral ao cinismo de ser considerado um produto elitista desenvolvido para as classes abastadas.

Em primeiro lugar, tem-se que muitos autores consideram a arbitragem como uma resposta, em nível do Poder Judiciário, ao crescimento do papel do Estado, ao seu intervencionismo e à sua macrocefalia<sup>247</sup>. A crise sofrida pelo Estado seria resultado do próprio modelo social, que, por sua incapacidade de adimplir todas as novas obrigações assumidas – incapacidade esta não demonstrada, visto que é comum ver-se o Estado fazendo investimentos de alto montante em áreas não sociais e consideradas irrelevantes de um ponto de vista dos objetivos do Estado – geraria para os cidadãos, ao mesmo tempo, um estímulo e uma frustração. E, por outro lado, ao permitir o crescimento das demandas por parte da sociedade civil, acarretaria o aumento da atividade estatal, redundando na burocracia, considerada então uma consequência indireta da democratização das relações sociais<sup>248</sup>.

Porém, hoje, quando se submete o modelo atual de Estado à crítica, vê-se que sua incapacidade de responder às demandas decorrentes do modelo social assumido deve-se, antes, à estruturação da democracia – de caráter representativo,

---

<sup>247</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Idem*, p. 19.

<sup>248</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*, p. 38-44 e 110.

frágil e limitado – do que aos papéis do Estado propriamente. Assim, resposta à burocracia estatal e à incapacidade demonstrada pelo Estado em atender as demandas crescentes da sociedade civil está justamente na radicalização da democracia, ou seja, na complementação da democracia representativa com a democracia participativa (da qual se falará adiante).

O aumento da demanda social e a incapacidade do Estado em atendê-la determinaria a judicialização dos anseios da sociedade civil e ocasionaria o *congestionamento* do Poder Judiciário, despreparado para atender a litigiosidade crescente. Assim, a ascensão dos mecanismos alternativos de solução de conflitos teria por objetivo (não exclusivo) *descongestionar o aparelho judiciário*, fazendo, desta forma, com que a jurisdição estatal se tornasse **meramente subsidiária**<sup>249</sup>. Se, porém, para uns o vislumbre do Poder Judiciário como *residual* é sinônimo de democratização da justiça, para outros, ao contrário, *retirar do Estado a esfera de mediação dos conflitos travados na sociedade implica risco de afirmação de um estado autocrático*<sup>250</sup>. A este ponto se retornará no item ii.iii.ii.

Outra característica da arbitragem muito mencionada seria a do **consenso** no qual estaria fundada:

“A arbitragem se caracteriza por ser capaz de permitir uma verdadeira composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar. (...) Isto porque o drama do processo é um fator de acirramento de ânimos. (...) Ao optar por este meio alternativo de solução de litígios, os titulares dos interesses em conflito já demonstram uma predisposição a se conformarem com a decisão do árbitro, já que este foi escolhido pelos contendores, sendo alguém de sua confiança.”<sup>251</sup>

Nas hipóteses da chamada “jurisconstrução” – que se diferenciaria da jurisdição pela ausência do caráter compulsório próprio à solução jurisdicional estatal –, nas quais pode-se incluir a autocomposição, como a mediação e a conciliação<sup>252</sup>

<sup>249</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Idem*, p. 107.

<sup>250</sup> BIAVASCHI, Magda Barros. *Magistratura e Transformação Social*, p. 187.

<sup>251</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 8-9.

<sup>252</sup> Trata-se de rol exemplificativo e não taxativo. A autocomposição pode ser extraprocessual ou endoprocessual e manifesta-se pela transação (quando os litigantes põem fim à disputa por meio de concessões recíprocas), pela submissão (quando um dos litigantes submete-se à vontade do outro) e pela renúncia (quando o credor renuncia seu direito). Quanto ao tratamento diferenciado entre a autocomposição e a mediação, este se explica pelo fato de que a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre se a mediação é meio de composição de litígio autônomo ou heterônomo, embora incline-se majoritariamente pelo primeiro. Sabe-se que a mediação implica a presença de um terceiro imparcial, cuja função é de promover o acordo entre os litigantes. Entretanto, o fato de este terceiro

e tendo em vista o fato de que nestas hipóteses *a solução somente existe se acordada ou construída por ambas as partes*, é possível e adequado falar-se em consenso. Entretanto, a arbitragem, diferenciando-se das formas anteriores por ser heterônoma (ou seja, ter a decisão proferida por um terceiro imparcial, tal qual na jurisdição estatal) e ser compulsória (ou seja, ter a decisão imposta pelo árbitro independentemente do consenso ou da opinião das partes) afasta claramente a idéia de *construção* da decisão ou mesmo a simples idéia de *consenso*.

A tese de que o *caráter consensual* da arbitragem residiria no momento em que as partes optam pela arbitragem, ou seja, na *escolha* pela arbitragem como forma de resolução do litígio recai no **equivoco de confundir o ato que institui a arbitragem com o processo arbitral em si**.

Afinal, ainda que consenso haja no momento da assunção da convenção de arbitragem (o que não se pode garantir, sobretudo nos contratos de adesão), é ululante que **não existe consenso no ato de decisão do processo arbitral, que é compulsório, distanciando-se largamente de qualquer decisão construída pelas partes**.

Não é demais recordar que a arbitragem implica necessariamente um conflito de interesses e que não objetiva o acordo, diferente da mediação, por exemplo<sup>253</sup>. Logo, *não há dado objetivo que permita intuir que a mesma se desenvolva amigavelmente ou que justifique a afirmação de que a solução arbitral é mais facilmente aceita do que seria a solução estatal*. Afora um sentimento benevolente dos autores para com o instituto da arbitragem, nada garante que esta se diferencie da jurisdição quanto à aceitação da decisão pelas partes<sup>254</sup>.

---

não assumir a tarefa de “dizer o direito” divide a doutrina quanto à forma autocompositiva ou heterocompositiva. Parece, porém, que tal discussão resta inócua, se não se define o critério a partir do qual um meio de solução de controvérsias deve ser tido por autônomo ou heterônomo (a mera presença de um terceiro imparcial *ou* a necessidade de que este terceiro dite o direito). O que importa reter é que a mesma é forma da chamada “jurisconstrução”, dependendo a sua solução dos sentidos dados pelos litigantes. A conciliação é considerada uma subespécie da mediação e dá-se também pela transação, submissão ou renúncia, sendo que, nestes casos, a solução é *intermediada* por um terceiro imparcial. Outras subespécies conhecidas de mediação são a facilitação (o facilitador tem a função de perito neutro, prestando informações sobre tema complexo com base nas quais os litigantes podem chegar a uma conclusão) e o *mini-trial* ou mini-julgamento (no qual um conselheiro ouve os litigantes e lhes dá um panorama de como a lide seria decidida judicialmente). FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 45-59.

<sup>253</sup> FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 43 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 15.

<sup>254</sup> É o caso do já citado Alexandre Freitas Câmara e de Joel Dias Jr., entre outros. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 142-143 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 8-9.

Também é falsa a afirmação de que a confiança na pessoa do árbitro, escolhido pelas partes, alicerçaria a conformação com a decisão arbitral (mesmo para o perdedor). Isto porque a arbitragem hodiernamente tornou-se *institucional*, não consiste mais na escolha de uma pessoa que divida a confiança comum dos contendores:

“O século XX se abre com um novo éssor da arbitragem, em que a **escolha de pessoas conhecidas das partes vai progressivamente sendo substituída pela adesão a regulamentos estabelecidos por entidades** internacionais ou supranacionais, que dispõem de corpos de árbitros especializados nas mais diferentes matérias.”<sup>255</sup> (grifou-se)

Não se nega aqui a afirmativa de que o processo acirra os ânimos dos litigantes, entretanto não se verifica na arbitragem indicativos de que a mesma possa evitar este acirramento. Este pode ser evitado quando o objetivo do instrumento utilizado para resolver a controvérsia é promover o acordo entre os litigantes. Por esta razão é que, como demonstrou CAPPELLETTI<sup>256</sup>, para relações continuativas, ou seja, naquelas em que é aconselhável uma *verdadeira pacificação*, recomenda-se o uso da mediação e da conciliação, estas sim, *aptas a produzirem o consenso entre as partes, ou melhor, a serem produzidas através do consenso das partes*.

Três vantagens do instituto da arbitragem em relação à jurisdição estatal são com freqüência apontadas pela doutrina: a *celeridade* do processo arbitral, resultado da informalidade que ganha o procedimento e da limitação das vias recursais; o *sigilo* e os *baixos custos* do procedimento arbitral.

Há, ainda, quem aponte, além do sigilo, da redução do custo e da demora da solução final do litígio, para o *estímulo à participação da comunidade na resolução do conflito*<sup>257</sup>, característica que será objeto de análise posteriormente.

Da mesma forma, aponta-se para a incapacidade apresentada pela jurisdição estatal para resolver conflitos de caráter social, levando em consideração a estrutura individualista da jurisdição estatal, que não se presta à resolução dos demais conflitos metaindividuais<sup>258</sup>. Porém, neste caso a solução estaria na busca de

---

<sup>255</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, p. 17.

<sup>256</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça e a Função do Jurista. *RePro* v. 61, p. 152-153 e CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 72.

<sup>257</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição*!, p. 107-108.

<sup>258</sup> *Idem*, *ibidem* p. 106.



instrumentos em nível endoprocessual e não na remessa deste tipo de conflito para esferas extrajudiciais:

**“Devemos, no entanto, ser cautelosos para que o objetivo de evitar o congestionamento não afaste causas que, de fato, devam ser julgadas pelos tribunais, tais como muitos casos que envolvem direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classe.”<sup>259</sup> (grifou-se)**

A doutrina é praticamente unívoca quanto à celeridade e ao sigilo do processo arbitral, embora a advertência feita de que, em alguns casos em que haja a exigência de prova pericial e outros procedimentos mais complexos, a rapidez deixará de ser uma vantagem, bem como não será o processo arbitral sigiloso nas hipóteses em que houver recurso ao Poder Judiciário (para execução da sentença arbitral ou para execução específica da cláusula compromissória, por exemplo)<sup>260</sup>.

Entretanto, quanto aos custos do processo arbitral, *a coincidência da doutrina é apenas aparente*. Isto se dá porque embora os autores proclamem em uníssono a vantagem financeira da arbitragem em comparação com os custos do processo estatal, admitem alguns, por outro lado, tratar-se de uma *verdadeira justiça elitista*, ou, como já se disse, de um *tribunal das “grandes causas”*.

**“Sabe-se muito bem que o *habitat* natural para o instituto da arbitragem é o foro das *grandes causas*, e não das demandas de menor valor ou complexidade”<sup>261</sup> (grifou-se)**

Assim, enquanto a *litigiosidade contida*, própria das classes menos abastadas, teria sido resolvida pela democratização da justiça decorrente da implantação dos Juizados Especiais, *a arbitragem viria a resolver o “problema do acesso à justiça” das classes mais abastadas, cujas controvérsias envolvem valores de maior monta e exigem soluções mais técnicas que as que podem ser fornecidas por um magistrado comum*. Nestes casos, as partes poderiam optar por valer-se da *justiça privada*, por intermédio da arbitragem, instrumento que reduziria os custos tanto econômicos quanto temporais de um processo comum<sup>262</sup>. Note-se que a redução dos custos é uma preocupação ainda que o custo do processo seja tanto mais barato quanto maior o valor da causa. Da mesma forma, não é prescindível lembrar que as classes mais abastadas nunca tiveram problemas com o acesso à

<sup>259</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 92.

<sup>260</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In: *Participação e Processo*, p. 305.

<sup>261</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 146.

<sup>262</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 109.

justiça. Portanto, seria mais adequado falar em *justiça estatal em desacordo com as exigências dos jurisdicionados financeiramente privilegiados*.

Como se disse anteriormente, hoje a arbitragem é marcada por ser *institucional*, não mais reportando à pessoa de confiança de ambas as partes. Assim, várias instituições são organizadas com o propósito de prestarem a arbitragem e cobrando, naturalmente, pelo trabalho que prestam.

Entretanto, os custos deste serviço costumam ser bastante elevados, caracterizando-se por ser uma *justiça privada, ou seja, um bem de consumo elitista*. Instituições como o “**aluguel de juízes**”<sup>263</sup> demonstra bem este fato. A denominação ajuda-nos a vislumbrar com clareza que o tratamento efetivamente dado à arbitragem é o de uma *justiça privada para os que a podem consumir*<sup>264</sup>. Por isto já se afirmou:

“A arbitragem não tem o condão de aliviar o acúmulo de trabalho de nosso Poder Judiciário. Não é verdade que a arbitragem seja um meio rápido, secreto e barato de resolver qualquer controvérsia (...) A arbitragem tende a uma finalidade bastante específica: **resolver problemas decorrentes do comércio, especialmente do comércio internacional, onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio.**”<sup>265</sup> (grifou-se)

O uso da arbitragem como instrumento privilegiado para as classes abastadas já atestou, inclusive, relações suas com ordens jurídicas autoritárias, com as quais o instituto demonstrou certa *familiaridade*:

“(...) la possibilità di una giustizia “alternativa”, a cui possono far ricorso i ceti più abbienti, finisca col divenire strumento di privilegio, specialmente in un sistema nel quale la giustizia ordinaria funziona assai male. È per questa ragione che nella previsione normativa dell’arbitrato si vede uno dei segni del carattere ambiguo del codice del 1942, il quale, pur essendo nato in un regime autoritario, conservò istituti giuridici propri dello Stato liberale, essendo essi coerenti con gli interessi dei ceti dominanti, divenuti ben presto solidali con il regime fascista.”<sup>266</sup>

Logo, a arbitragem é, *para alguns*, uma *justiça privada e especializada, que melhor atende aos interesses de quem pode por ela pagar*. Assim, de um lado,

---

<sup>263</sup> O aluguel de juízes ou de cortes pode ser encontrado, entre outros sítios, no endereço: [www.rent-a-court.com](http://www.rent-a-court.com)

<sup>264</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Idem*, p. 116.

<sup>265</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In: *Participação e Processo*, p. 305.

<sup>266</sup> VERDE, Giovanni. *Profili Del Processo Civile*, p. 49.

vislumbram-se os Juizados Especiais, com *procedimentos simplificados* para os que não podem pagar os altos custos da justiça e de outro, a arbitragem, *como procedimento especializado e técnico* (mais qualificado do que poderia conferir um magistrado comum) para os litigantes abastados. A conclusão a que conduz a análise das informações trazidas é de um cinismo apavorante: consagra-se um sistema jurídico no qual *cada um tem a justiça pela qual pode pagar*. A este cinismo deve-se opor, porém, a *reconfortante inquietação*<sup>267</sup> de CAPPELLETTI:

“Pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio. A questão, portanto, é saber por que elas devem ser apreciadas através de procedimentos supostamente de segunda classe.”<sup>268</sup>

Desta maneira, outros autores propugnam pelo uso da arbitragem para agilização das demandas provenientes dos setores populares. *Apregoa-se a necessidade de valer-se da arbitragem no intuito proposto pela “terceira onda renovatória”, ou seja, como **instituto verdadeiramente voltado à democratização do acesso à justiça**, como forma de solução de conflitos para os que são comumente alijados da justiça estatal, por qualquer um dos obstáculos antes elencados*. A arbitragem – e as vantagens que ela pode oferecer, sobretudo rapidez e simplificação dos procedimentos – não se limitaria, portanto, ao uso intraclasse dominante, mas abrangeria o uso intraclasse dominada, **para resolver conflito entre iguais**. Imagine-se, por exemplo, a popularização de tribunais arbitrais de vizinhança, funcionando gratuitamente nas associações de moradores.

Há também autores que defendem a utilização da arbitragem como meio ágil para resolução de controvérsias *interclasses*<sup>269</sup>. A utilização da arbitragem entre partes desiguais, entretanto, requer maior cautela e será, por este motivo, objeto de análise em separado, no item ii.iii.ii infra.

Por outro lado, vêm a corroborar a perspectiva de que a arbitragem é uma *justiça elitista* os dados referentes aos honorários arbitrais cobrados nos Estados

---

<sup>267</sup> A afirmação aparentemente antitética explica-se pelo fato de que, num contexto no qual parece aceitar-se incontestavelmente que os ricos devam ter sempre vantagens, causa certo alívio verificar que nem todos compartilham desta tese.

<sup>268</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 97.

<sup>269</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 237.

Unidos da América<sup>270</sup> **que custam, em média, por dia, entre US\$ 500,00 a US\$ 700,00**, acrescidos de outras despesas porventura necessárias<sup>271</sup>. A perspectiva elitista é tão evidente em certos autores que se chegou a afirmar que um dos motivos pelos quais a arbitragem não havia obtido êxito nos Juizados Especiais (prevista nos art. 24 a 26 da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995) teria sido a *gratuidade* do procedimento em sede daqueles juizados<sup>272</sup>, reafirmando-se a impropriedade deste procedimento para litígios que envolvessem pouca monta ou matéria de escassa complexidade<sup>273</sup>, argumento este equivocado, como se viu, uma vez que as pequenas causas podem implicar procedimentos complexos e constituírem-se como absolutamente relevantes para as partes envolvidas.

Convém lembrar que CAPPELLETTI dizia que **um dos problemas da arbitragem consistia em seus altos custos** que, naquela época, dizia o autor, eram de, em média, US\$ 110,00 (não por dia, mas pelo trabalho total do tribunal arbitral, assim dividido: US\$ 50,00 para o presidente do tribunal arbitral e US\$ 30,00 para os demais árbitros)<sup>274</sup>. Assim:

“Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, **tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro.**”<sup>275</sup> (grifou-se)

Finalmente, há que se considerar as vantagens dos litigantes habituais, que tendem a crescer na solução mediante a *justiça privada*. Ora, se, em sede estatal, as vantagens consistem em travar relações com os funcionários do fórum, em ter experiência, valer-se de casos teste, imagine-se a situação no caso da arbitragem privada: o litigante habitual é, *literalmente*, cliente da câmara arbitral a qual recorre e, justamente pelo fato de ser litigante habitual, é um **bom cliente**. Basta imaginar-se a hipótese de um grande fornecedor de produtos, em contratos de consumo, inserir cláusula compromissória indicando desde logo uma associação arbitral específica.

---

<sup>270</sup> Infelizmente, as associações arbitrais no Brasil não fornecem dados sobre as tarifas por elas praticadas.

<sup>271</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 119. O autor refere-se à American Arbitration Association (AAA), entidade privada com diversos escritórios espalhados naquele país.

<sup>272</sup> CARMONA. Arbitragem nos Juizados Especiais, *IOB* n. 24, dez/96, caderno n. 3, p. 433-434 *apud* FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 146-147.

<sup>273</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, p. 16.

<sup>274</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 83.

<sup>275</sup> *Idem, ibidem*, p. 82.

As já conhecidas vantagens do litigante habitual sobre o eventual – o consumidor, na hipótese formulada – *tendem a ser potencializadas*.

O fato de tratar-se de um *bom cliente* não poderá ser desconsiderado pelos árbitros. Afinal de contas, se os serviços prestados não agradarem o cliente, o mesmo tende, naturalmente, a mudar de fornecedor. *Não se quer com isto dizer que a arbitragem privada implique postura parcial por parte dos árbitros* (a fim de agradar o *bom cliente*), entretanto e a despeito do cuidado que teve a Lei em relação à conduta imparcial do árbitro e à responsabilização criminal do mesmo, alerta-se para o risco que não pode ser ignorado, até mesmo porque este risco pode configurar-se num estado psicológico de difícil constatação.

Feitas estas análises, resta buscar elaborar as proposições, formuladas no início deste tópico, sobre as relações entre acesso à justiça e arbitragem. Antes, porém, é preciso esclarecer que *este elo deve ser buscado a partir de um eixo*, qual seja, o de compreender a existência ou não da *universalidade* da instituição arbitral que se está a examinar, ou seja, qual o seu fundamento democrático:

“Normalmente, estamos acostumados a uma discussão política que procura tudo decidir em termos da igualdade de indivíduos ou corporações. **Nós utilizamos uma acepção de democracia no Brasil, aliás não apenas nossa, que termina por identificar-se com os interesses e direitos das corporações, que são, como sabemos, grupos fortemente organizados que fazem valer seus direitos.** Em contrapartida, aqueles que não estão organizados em corporações muito dificilmente conseguem ter os seus direitos atendidos por não possuírem força de pressão. Como o uso de uma palavra termina dando o seu significado, **entendemos corriqueiramente por democracia o jogo de interesses dessas corporações** e colocamos, somente inconclusivamente, a pergunta central, qual seja, **será que o atendimento de determinados interesses está adequado às finalidades universais do Estado?**”<sup>276</sup> (grifou-se)

Assim, tendo em vista esta indagação quanto ao atendimento das finalidades universais do Estado, sobre as ligações entre acesso à justiça e arbitragem é possível afirmar que, em primeiro lugar, o acesso à justiça foi pensado assumidamente com base num modelo de Estado que é o *social*, na necessidade de que o processo fosse democratizado e transpusesse seus limites meramente jurisdicionais para alcançar dimensões políticas para proteção dos interesses dos hipossuficientes. Estava, portanto, o movimento pelo acesso efetivo à justiça

---

<sup>276</sup> ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*, p. 39.

fortemente influenciado pelo ideal de um Estado forte e ao mesmo tempo pelo ideal de uma sociedade civil igualmente forte, capaz de impelir o Estado ao adimplemento dos direitos sociais por ele assumidos.

Entretanto, muitos dos autores apologéticos da arbitragem, além de verem seu ressurgimento como consequência do estabelecimento de uma ordem econômica transnacional e de uma ideologia neoliberal, assumem claramente a posição de que o Estado Social, por uma ou outra razão, estaria esgotado e que a arbitragem mesma corresponderia a uma *crescente desobrigação do Estado em relação aos deveres anteriormente assumidos*, como se infere da afirmação de que a jurisdição estatal passaria a ser meramente subsidiária.

Naturalmente, a consideração da arbitragem como bem de consumo elitista, justiça especializada para quem por ela pode pagar é *absolutamente incompatível* com a idéia de justiça coexistencial de que tratava CAPPELLETTI. Entretanto, a arbitragem não pode ser reduzida ao uso restrito que lhe pretende conferir certa doutrina, sendo necessário investigar-se as possibilidades da arbitragem como forma de democratização da justiça, o que será feito ao final deste capítulo.

Porém, percebe-se, pelo próprio histórico do processo que resultou na atual Lei de Arbitragem, mencionado no item ii.i.i, que a arbitragem não foi desenvolvida para atender os interesses a que se referia a “terceira onda” do movimento pelo acesso à justiça, pois este consagra a maior participação política, inclusive através do processo (judicial ou extrajudicial), *sendo difícil conciliá-lo com a arbitragem pensada para prover resultados às classes economicamente dirigentes e conservadoras quanto à possibilidade da consagração da igualdade substancial*.

O pensamento conservador e elitista se desvenda quando se prescreve, de um lado, a utilização, na arbitragem, de métodos diferenciais e informais, que se afastam da tradicional tutela oferecida pelo Estado-juiz e, de outro, cautela para que não se confundam “métodos alternativos” com o que o autor chama de “malsinado direito alternativo”, que consistiria, segundo interpretação equivocada, em verdadeira subversão do Estado Democrático de Direito. Afora o erro grotesco no que se compreenda por Direito Alternativo, que, ao contrário do que apregoa este autor, consiste justamente no esforço comum dos juristas pela concretização dos ideais do Estado Democrático de Direito, surpreende também pela forçosa conclusão a que chega: os magistrados devem estar “presos” aos moldes tradicionais de prestação

jurisdicional – segundo uma concepção formal e empobrecida, infere-se – de que justamente devem afastar-se os árbitros<sup>277</sup>.

As preocupantes observações sobre a *justiça elitista* em que pode recair a arbitragem conduz a ponderar-se as vantagens decorrentes de um possível descongestionamento do Poder Judiciário decorrente do desvio da litigiosidade para a solução pela via arbitral. Tais vantagens estabelecer-se-iam em detrimento de quais outros interesses e valores? *Há que se estabelecer um equilíbrio entre os valores em jogo, sabendo-se determinar em quais casos os riscos provenientes do uso de uma justiça alternativa pode valer a pena.* Vale recordar a advertência feita:

“Está claro que este sistema encoraja acordos e da mesma forma reduz o congestionamento do judiciário, mas como o Professor Michael Zander já demonstrou, isso acontece a expensas da justiça para com os autores, que, em tal sistema, são geralmente as partes individuais economicamente mais fracas e menos familiarizadas com os litígios. Esse método, portanto, não parece ser promissor em nossa busca por soluções equânimes para o problema do acesso à justiça.”<sup>278</sup>

E ainda:

“Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções.”<sup>279</sup>

Não se pretende negar a necessária criação e estimulação das vias alternativas à jurisdição estatal, ao contrário, *a necessidade de superação do modelo judicial hermético é patente e cresce em importância quando os mesmos são destinados também a permitir a participação popular no interior dos procedimentos para composição das controvérsias.* Nem se nega a necessidade de assumir alguns riscos decorrentes da utilização de vias alternativas, pois “Como se verificou acima, **cada método, a um só tempo, causa e evita problemas diversos de acesso à justiça**”<sup>280</sup>.

Porém, ao que se indica, o fôlego dado à arbitragem no Brasil não se direcionou a este tipo de objetivo, se não àquele mencionado de promover uma *justiça especial para grupos considerados especiais.* Por esta razão a arbitragem,

---

<sup>277</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 114.

<sup>278</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 89.

<sup>279</sup> *Idem, ibidem*, p. 87.

<sup>280</sup> *Idem, ibidem*, p. 88.

como traduzida pelo legislador, ainda que possa esboçar uma preocupação com o acesso à justiça, é incapaz, por seus próprios fundamentos, de atender às aspirações da “terceira onda reformista”, pois, sendo a mesma compulsória, paga e realizada por instituições voltadas a um público empresarial, demonstra não apenas sua incapacidade, mas sobretudo seu **desinteresse em atender os destinatários da justiça enquadrados como os maiores necessitados de acesso à justiça**.

Uma conclusão provisória a que se pode chegar, portanto, é a de que a *arbitragem não constitui um fenômeno homogêneo e parece não conduzir a um só tipo de resposta ou direção*. Do ponto de vista científico, tal afirmação pode parecer insuficiente. *Porém, do ponto de vista dos escopos políticos da administração da justiça, ela permite compreender que os objetivos da arbitragem podem assumir as feições que lhe derem os operadores do Direito e que, portanto, os rumos que pode a mesma tomar são responsabilidade do labor do jurista*:

“Quando muito, é possível que os grupos neocorporativistas mais organizados venham a ter poder político suficiente para **impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna de seus interesses**. Não me parece tão pouco que estes mecanismos de resolução de litígios à margem do controlo do Estado sejam **intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade**. Tudo depende do conteúdo dos interesses em jogo e do seu comércio privado no processo de desenvolvimento democrático da sociedade no seu todo.”  
<sup>281</sup> (grifou-se)

---

<sup>281</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 156.



### ii.iii. Arbitragem: Denegação ou Democratização da Justiça?

*“As nossas próprias virtudes não são algo de livre, de flutuante, e do qual conservemos a disponibilidade permanente; elas acabam por associar-se tão estreitamente em nosso espírito às ações ante as quais nos impusemos o dever de exercê-las que, se nos surge alguma atividade de outra natureza, pega-nos completamente desprevenidos sem que nos ocorra ao menos a idéia de que ela poderia permitir o emprego dessas mesmas virtudes” Marcel Proust. À Sombra das Raparigas em Flor.*

Foi dito que a arbitragem não constitui fenômeno homogêneo e que os rumos que o instituto, no Brasil, vier a tomar dependem do tipo de compromisso que o jurista brasileiro assumir e das conseqüentes responsabilidades que lhe imprimirem.

Como se viu, a ênfase dada à arbitragem foi antes voltada aos interesses das classes economicamente dirigentes do que àqueles dos que não têm acesso à justiça estatal. Com o fim de **reconciliar a utilização da arbitragem com os objetivos democratizadores do movimento pelo acesso à justiça** impõe-se, de um lado, pensar a natureza jurídica do instituto e as possibilidades de participação popular em seu seio.

De outro lado, impõe também pensar os limites que devem ser enfrentados pela arbitragem, ou seja, os casos em que sua utilização e estimulação podem acarretar, ao contrário de democratização da justiça, hipótese de *denegação de justiça*.

### ii.iii.i. Natureza Jurídica da Arbitragem: O Privado e o Público na Esfera Não-Estatal

Antes de buscar-se identificar a natureza jurídica da arbitragem, convém recordar que quando se busca estabelecer a natureza jurídica de qualquer instituto exerce-se uma função conservadora, qual seja, a de fixar o instituto estudado a um conjunto de preceitos que o torna um dado estático e alheio a tudo o que se relaciona com o mesmo<sup>282</sup>.

Esta função conservadora ganha força na perspectiva positivista adotada pela ciência jurídica. O positivismo, no campo das ciências sociais, através da tradução dos enunciados de objetividade científica do campo das ciências naturais, exerceu função claramente conservadora da ideologia burguesa, sob o manto da neutralidade axiológica<sup>283</sup>.

Para o Direito, a adoção acrítica do método positivista acarretou lamentável atraso na percepção das mudanças e da necessidade de reformulação de conceitos e de estruturação teórica das disciplinas legais. Já se afirmou que, no Brasil, talvez por influência da formação católica, a tradição positivista levou à divinização das estruturas legais, elevadas – ou reduzidas – à condição de dogma, estudado através de doutrinas (e não de teorias!) e impôs uma exegese normativa que, embora receba nomes pomposos, não ultrapassa o senso comum leviano, senso comum este balizador da violência decorrente da *política da exclusão*<sup>284</sup>.

Por outro lado, o estudo da *natureza jurídica* do instituto mostra-se tão mais importante quanto menos se pretenda descobrir-lhe um sentido hipoteticamente ontológico. Ao contrário, partindo-se do reconhecimento de que nem o Direito em si nem nenhum de seus institutos, por conseqüência, têm natureza ôntica<sup>285</sup>, mais

---

<sup>282</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, p. 178.

<sup>283</sup> LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento*, p. 22-33.

<sup>284</sup> AGUIAR, Roberto. *A Crise da Advocacia no Brasil*, p. 32-33 e ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, p. 40-41.

<sup>285</sup> Kelsen bem o demonstrou ao tratar da distinção entre causalidade e imputação na ciência jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 86-90.

necessário faz-se *compreender/estabelecer* sua “*natureza*”, a fim de dar-lhe um sentido e a partir deste, função, delimitação, eficácia.

Um instituto jurídico, portanto, somente poderá ser apreendido se for pensado de forma relacional, em relação ao objeto para o qual se destina ou do qual se origina. É nesta perspectiva que serão dirigidos os esforços para estabelecer-se a natureza jurídica da arbitragem, que somente poderá ser dotada de sentido se compreendida de forma relacional com a realidade que se lhe quer imprimir e, como esta realidade não é estática, assim também não o será a natureza jurídica do instituto arbitral<sup>286</sup>.

Uma dificuldade inerente ao estudo do tema é o tratamento dado à discussão sobre a publicidade ou não da arbitragem como tema *anexo* da questão da jurisdicionalidade. Muitos entendem que o que determina a natureza pública da arbitragem é o seu caráter jurisdicional. Assim, os que reconhecem a jurisdicionalidade da arbitragem tendem a tratá-la como instituto público e os que negam sua natureza jurisdicional usualmente defendem tratar-se de instituto privado.

Entretanto, os temas sobre a natureza pública da arbitragem e sobre o seu caráter jurisdicional devem ser tratados de maneira diferenciada, pois que um não implica o outro.

Embora se saiba que a jurisdição estatal tenha sempre caráter público, sabe-se também que muitas esferas podem ser públicas sem que sejam estatais. Assim, há autores que vêem na arbitragem uma *esfera pública não-estatal* e negam-lhe a jurisdicionalidade<sup>287</sup>. E outros que afirmam o caráter jurisdicional do instituto, dando-lhe tratamento de esfera privada<sup>288</sup>.

Tais posições justificam a escolha metodológica pela abordagem diferenciada dos temas, reservando-se este tópico ao estudo sobre a natureza pública ou privada do instituto arbitral.

---

<sup>286</sup> Jung escreve, no prefácio à edição do I Ching de Richard Wilhelm, que uma diferença essencial entre a mentalidade ocidental e a oriental é que, na primeira, valoriza-se a força da *causalidade*, enquanto que, na segunda, valoriza-se a força da *casualidade*. As verdades construídas no primeiro modelo decorrem de estatísticas geradas em laboratórios e das incisivas limitações que este impõe. Fora do laboratório, entretanto, tem-se a atuação do acaso e, com ela, a possibilidade de verificar-se que “em circunstâncias naturais, uma seqüência de fatos que esteja em absoluta concordância com leis específicas constitui quase uma exceção”. JUNG, Carl G. *I Ching*, p. 15-26.

<sup>287</sup> É o caso, por exemplo, de Alexandre Freitas Câmara.

<sup>288</sup> É o caso de Cézar Fiuza.

Alguns autores entendem que a discussão em torno ao caráter público ou privado do instituto restaria inócua, tendo em vista a crescente publicização do direito privado<sup>289</sup>. Entretanto, tendo em vista a possibilidade de tratar a arbitragem da *privatização do direito público*, parece que a questão, ao contrário, ganha relevância.

São duas as correntes que representam a discussão sobre a natureza do instituto: a privatista ou contratualista e a publicista.

A **corrente privatista** vê na instituição arbitral um acordo para renúncia à jurisdição estatal e, conseqüentemente, à ação<sup>290</sup>. O caráter privado consistiria na sua origem contratual e na qualidade dos árbitros – julgadores privados a administrar a justiça não pelo interesse público, mas pelo interesse particular das partes.

Os árbitros teriam na vontade das partes o fundamento de seus poderes e não na lei, pois sendo a jurisdição manifestação da soberania, não poderia o legislador delegá-la a quem não possui qualidades de agente público.

O compromisso arbitral e a cláusula compromissória teriam natureza jurídica de negócio jurídico plurilateral, tal como no contrato de sociedade, no qual tem-se a “emissão de vontade lícita, voltada para certo fim, desejado pelos agentes, cujos efeitos são muito mais produto da vontade mesma do que da lei, que apenas tutela a emissão volitiva”<sup>291</sup>.

O vínculo que se estabeleceria entre as partes entre si seria, naturalmente, de índole privada, mas esta índole determinar-se-ia especialmente por caracterizar também a *relação entre as partes e o árbitro*.

Como a arbitragem limita-se à resolução de direitos disponíveis, esta limitada, ainda, pela esfera da autonomia da vontade, o árbitro estaria dispensado de seguir os procedimentos legais aos quais o juiz estaria preso e, estando limitado à esfera da vontade das partes, não teria nenhuma parcela de poder público. A natureza jurídica da função do árbitro seria, portanto, a de contrato *sui generis*<sup>292</sup>.

A primeira objeção que se pode fazer a esta corrente é a de que a vontade das partes não pode, naturalmente, *mesmo que o direito público subjetivo de ação verse sobre direito material disponível*, renunciar à jurisdição, tendo em vista tratar-

---

<sup>289</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*, p. 193.

<sup>290</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, p. 29.

<sup>291</sup> FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 90-91.

<sup>292</sup> FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*, p. 150-154.

se de direito fundamental e, portanto, por sua própria natureza, tratar-se de direito não transacionável e irrenunciável. Se a arbitragem é ou não jurisdição e quais as conseqüências do reconhecimento da sua jurisdicionalidade em relação ao direito à jurisdição estatal é tema do qual se tratará no último capítulo deste trabalho.

Quanto ao fundamento dos poderes dos árbitros residir na vontade das partes, o equívoco consiste na *não distinção* entre o contrato de compromisso e o procedimento arbitral em si<sup>293</sup>. Da mesma forma, quanto à natureza *supletiva da lei* no tratamento da relação entre árbitros e partes, regulada sobretudo pela vontade dos contratantes, há também aí um equívoco. O primeiro fato que se opõe a este argumento é o de que a arbitragem, entendida como jurisdicional ou como equivalente jurisdicional, no sentido dado por Carnelutti – e, portanto, negando-lhe a conotação de jurisdição – é um permissivo legal. Ou seja, a arbitragem existe (melhor dizendo, manteve-se) e é usada por causa da previsão legal que a regula, pois é em razão dela que, a despeito do monopólio da jurisdição – e do aparato coativo tido por legítimo –, a utilização da arbitragem é permitida, como também viabilizada. Afinal, como repetem os autores, a mesma não teria utilidade se o Estado não lhe emprestasse seus instrumentos para tornar-lhe operacional (já que por mais consensual que seja o acordo para instituir a convenção de arbitragem a ninguém interessa uma sentença inexecutável).

Assim, se é a lei que empresta executoriedade à decisão arbitral, dispensando ou não a homologação, que permite sua utilização, a despeito do monopólio da jurisdição e da força que impõe a jurisdição, parece não ser suplementar a atuação da lei. Ao contrário, parece ser anterior à vontade das partes.

Igualmente, quando se diz que o árbitro não está “preso” ao procedimento legal quer-se dizer que o árbitro tem mais flexibilidade em relação ao procedimento, pois pode dispensar regras de direito material e até mesmo procedimental, desde que se mantenha fiel às regras de ordem pública e do devido processo legal, caso em que a obediência à lei determina a validade do julgamento arbitral, independentemente de qualquer vontade das partes.

Para finalizar a abordagem sobre a corrente privatista é necessário, contudo, transcender a lógica autopoiética da análise. Questionada a partir de conceitos auto-

---

<sup>293</sup> SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*, p. 31.

referenciais, as respostas que pode fornecer ficam limitadas a *verdades omissas*, tão ou mais graves do que respostas incorretas<sup>294</sup>.

Assim, volta-se ao tema da arbitragem como *bem de consumo elitista*. Vislumbrá-la como *justiça privada* significa necessariamente incompatibilizá-la como pública. Um discurso que pretendesse delinear-se através das duas características, ou seja, afirmando-a como justiça especializada para grandes causas que requereriam maior diligência e conhecimentos técnicos e, ao mesmo tempo, como tendo natureza pública, face aos preceitos publicistas do processo ao qual se submete e ao seu “escopo político e social de pacificação do conflito”, tornar-se-ia inconsistente e incoerente, incorreria em grave erro de fundamentação dos argumentos, isto porque o *público* denota *interesse comum* e, portanto, antitético com interesses específicos de grupos particulares.

Logo, da mesma forma, quando se afirma que as formas alternativas de resolução de conflitos seriam vistas como necessárias para propor uma revisão dos métodos de composição de litígios tradicionais (estatais), devendo-lhe imprimir “*perspectiva para enquadrar a função jurisdicional pública nos moldes das privatizações produzidas nos demais espaços públicos estatais*”<sup>295</sup>, tem-se que estar alerta para advertência feita anteriormente (item i.ii.ii) quanto aos perigos que acarretam a privatização do público.

Como se viu, a crítica ao Estado, centrada no patrimonialismo – que é justamente a inserção dos interesses particulares na esfera do público –, *não pode servir de base à abertura de novos feudos no espaço estatal*<sup>296</sup> e, portanto, não pode confundir-se com a crítica ao Estado com base em critérios do mercado – e na imagem *paquidérmica* das esferas estatais que este desenvolveu – tendo em vista a função notoriamente conservadora e instrumental às classes dominantes que esta segunda crítica assume.

---

<sup>294</sup> As omissões do discurso jurídico servem com frequência à sustentação da política da burguesia e do poder econômico excludente. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, p. 15-16.

<sup>295</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*, p. 111 (grifou-se).

<sup>296</sup> Sobre a feudalização do Direito: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI*, p. 82 e ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: *Direito e Globalização Econômica*, p. 15-27.

Ao contrário, a crítica a ser feita ao Estado, à inserção dos interesses espúrios em seu seio, deve balizar-se pela *desprivatização do público*, pela *efetiva publicização das esferas públicas* estatais ou não-estatais, o que quer dizer, em última análise, pela efetiva democratização destas esferas:

“O Estado, pelo menos em seu conceito (...) tem a *função de perseguir a finalidade coletiva* por intermédio da discussão, que é realizada no espaço público. O Estado que abdica disso deixa de ser Estado. *Eu acho que nós devemos resgatar a função do Estado em seu caráter público, isto é, que não se torne refém de suas próprias corporações, e responda pela coletividade.*”<sup>297</sup> (grifou-se)

Portanto, a afirmação de que a arbitragem “trata-se de mecanismo privado de solução de litígios”<sup>298</sup>, remete à possibilidade de que a arbitragem, e, num plano mais abrangente, a própria administração da justiça, possa receber o tratamento de mera mercadoria.

Enfim, remete-se às ponderações de BARBOSA MOREIRA sobre os riscos de pensar-se a justiça como instrumento privado à disposição das partes:

“Nas “observações conclusivas” da sessão do Simpósio de Tóquio dedicada ao tema *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure*, após acentuar que “in reforming civil Justice, we should not forget that Justice is still a public service”, advertiu Storme: “We must sound a warning of the dangers inherent in a general “privatization of Justice”; e ironicamente acrescentou: “I fear the day when, on entering a court, we read above the entrance door: Today judgments will be delivered by this Court by courtesy of Coca-Cola”<sup>299</sup>.

A **corrente publicista** destaca o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo efeito seria o de derrogação das regras de competência da jurisdição<sup>300</sup>. Na perspectiva publicista, entende-se que o instituto arbitral se desprende de sua origem contratual e ganha as características próprias da função jurisdicional prestada pelo Estado e que os árbitros são juízes de fato e de direito não porque tiveram seus poderes delegados pelas partes, mas porque o Estado consentiu em que exercessem a função de juízes.

---

<sup>297</sup> ROSENFELD, Denis. Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado, p. 40-41.

<sup>298</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p.43.

<sup>299</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os Novos Rumos do processo Civil Brasileiro. In: *RePro* v. 78, p. 143-144.

<sup>300</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, p. 32.

Segundo COUTINHO, para MORTARA e HUGO ROCCO, a arbitragem compreenderia duas relações distintas<sup>301</sup>, uma entre as partes, de caráter privado e outra entre o árbitro e o Estado, de caráter público. Como a segunda relação – entre árbitro e Estado – condiciona a validade da segunda, sendo a relação principal, determina a natureza pública do instituto.

Além disto, afirma-se que em sendo a função de julgar de natureza eminentemente pública, tem-se que esta se projeta sobre quem deva realizá-la, ou seja, a natureza decorre da função em si e não da qualidade de quem a realiza. Não seria coerente imaginar, assim, que uma função varia porque varia a qualidade da pessoa que a desempenha. Há que se examinar, portanto, o “status jurídico” da função exercida<sup>302</sup>. Restaria, portanto, inconsistente o argumento segundo o qual o legislador não poderia delegar qualidade de agente público ao árbitro, mesmo porque não se trata de equipará-lo em qualidade, mas em função e para isto dotou-o o legislador de mesmos poderes e responsabilidades que o juiz, no limite da esfera de atuação da arbitragem.

Pode-se dizer, assim, que a diferença entre os autores privatistas, especialmente os do final do século XIX e do início XX, e os publicistas consiste no fato de que, para os primeiros, havia a necessidade de qualificar o instituto, para o que a análise de sua origem contratual era fundamental, enquanto que para os últimos a necessidade era a de demonstrar o papel, as funções e os efeitos das decisões decorrentes da arbitragem<sup>303</sup>.

Finalmente, de acordo com os publicistas, portanto, a arbitragem consistiria no exercício privado da função pública e na presença do *munus* público no exercício da função do árbitro. Conforme FREITAS CÂMARA:

“Em primeiro lugar, devemos afirmar que a nosso juízo a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. (...) Não se pode, porém, confundir a convenção de arbitragem, ato que institui o procedimento arbitral, com a arbitragem em si. É a natureza desta, e não daquele, que se busca, e tal natureza é, a nosso sentir, a de função pública.

Pública, mas não estatal (...)”<sup>304</sup> (grifou-se)

<sup>301</sup> MORTARA e ROCCO, *apud* COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Sousa. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*, p. 23.

<sup>302</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*, p. 195-196.

<sup>303</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, p. 32.

<sup>304</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 10.



A observação merece atenção. Para examiná-la é necessário conceituar o *público não-estatal*. Tal conceituação é importante, porém, não apenas pelo fato de possibilitar investigar a afirmação feita, mas também porque a discussão sobre o público não-estatal remete à esfera política e, como se disse na introdução da discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem, esta deve ser pensada de forma relacional e a fim de permitir a *reconciliação* do instituto arbitral com a proposta de democratização e participação no nível do Judiciário.

A partir da formação moderna do Estado, tornou-se comum a associação dos conceitos de *Estado* e de *público*, uma vez que, para utilizar as categorias rousseauianas, o Estado deveria fazer a *síntese entre a vontade de todos e transmudá-la em vontade geral*. Da mesma forma, na concepção hobbesiana, a fim de propiciar a paz pública – entendida como finalidade do contrato político – deveria o Estado estabelecer as *regras comuns*, entendidas como transcendentais em relação aos interesses dos particulares. O Estado deve ser, assim, o espaço no qual se estabelecem estas regras comuns (e que denotam o interesse público), havendo, portanto, a *coincidência entre o público e o estatal*<sup>305</sup>.

Por outro lado, o século XX vai determinar nova separação dos conceitos de público e de estatal. Com o surgimento, após as duas grandes guerras, do direito ao sufrágio universal e, posteriormente, do conceito de Estado Democrático de Direito tem-se a remissão à categoria de *regramento legal justificado* – ou seja, de poder instituído com base em certas funções ligadas à promoção do bem comum e limitado em seu exercício pelo ordenamento jurídico que deverá, igualmente, refletir as funções assumidas pelo Estado –, havendo a necessidade de criação de um espaço no qual se exerça o *controle* da atuação – e inclusive das funções, submetidas estas também à avaliação – do Estado.

Assim, os mecanismos decisórios não se exerceriam somente na esfera estrita do Estado, o controle e a avaliação das funções e desempenho do Estado deveriam ser realizados pela opinião pública e o espaço no qual se estabeleceria a opinião pública seria o *espaço público*, que adquire contornos mutáveis, mas configura-se como condição para que os processos decisórios do Estado relativos à

---

<sup>305</sup> ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*, p. 70.

coisa pública possam ser verificados por todos<sup>306</sup>. Justifica-se, desta forma, a tendência de restabelecer a dissociação entre os conceitos do estatal e do público, não a fim de excluir o público do Estado, mas, ao contrário, de ampliar os espaços de discussão do público, reafirmando, através da participação, o Estado como *locus* de mediação política, no sentido gramsciano de Estado ampliado.

Então, pode-se dizer que as esferas públicas não-estatais têm a função de descentralizar os processos decisórios do Estado (estrito senso), dividindo-os com a sociedade civil organizada<sup>307</sup>. A partir desta descentralização é possível também fazer com que as soluções sejam direcionadas para as dificuldades dos grupos interessados, diminuindo o distanciamento entre o problema e a solução e reduzindo, assim, certa insensibilidade quanto à gravidade ou natureza do problema e a impotência da solução pensada<sup>308</sup>. Esta é a razão pela qual se afirma que quanto mais global o problema enfrentado, mais local deverá ser a sua solução<sup>309</sup>.

Por outro lado, há que se ter cautela com as formas de autoregulação, vez que estas permitem, para além das possibilidades de emancipação social, que os processos decisórios descentralizados sejam dominados pelos interesses das elites econômicas locais<sup>310</sup>.

A experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre, tomada, aqui, como exemplo de espaço público não-estatal, é a demonstração de que o estímulo às práticas participativas concretas – constituídas pelo binômio *participação* e *visualização dos resultados da participação* – resgata a dignidade do cidadão<sup>311</sup>, restabelecendo seus laços com o Estado. Ainda, e de maneira aparentemente

---

<sup>306</sup> ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*, p. 38.

<sup>307</sup> Naturalmente, a sociedade civil deve organizar-se através de movimentos sociais, organizações não governamentais, etc., a fim de não permitir que os grupos econômicos, organizados em torno de interesses financeiros que, de maneira geral, não representam os interesses dos outros grupos, ocupe as esferas de representação social de forma exclusiva ou preponderante.

<sup>308</sup> GENRO, Tarso. *Orçamento Participativo: A Experiência de Porto Alegre*, p. 10.

<sup>309</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 99.

<sup>310</sup> ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado moderno? In: *Direito e Globalização Econômica*, p. 25.

<sup>311</sup> Capinaré Acosta, líder comunitário e conselheiro da temática Educação, Cultura e Lazer, no seminário sobre Orçamento Participativo organizado pelo CPGD/UFSC em 13/09/96, disse “agora nós não pedimos, nós fazemos propostas, sabemos até fazer projeto de lei” referindo-se à formulação de um projeto de lei no qual apresentavam ao Governo Estadual proposta de aumento de verbas para as escolas de 2º grau, face a constatação da necessidade de investimentos, não tendo servido como obstáculo o fato de não existir Orçamento Participativo na administração estadual. O projeto não foi aprovado; o importante, entretanto, é constatar a mudança bem caracterizada neste exemplo da forma de exercer a cidadania, motivada principalmente pelo fato de o grupo não se ter inibido frente aos aparatos burocráticos estatais, porque informado sobre como se integrar neles.

redundante, deve-se dizer que *a participação educa a participação*, pois é através dela que se aprende a ser capaz de formular e receber respostas relacionadas ao Estado. *A participação vem ocupar o espaço político legado à tradicional apatia das classes populares face às decisões dos grupos dominantes*<sup>312</sup>.

Resgatando as questões levantadas pelo movimento do acesso efetivo à justiça, resta indagar: Pode a arbitragem ser considerada uma esfera pública não-estatal capaz de permitir a democratização das instâncias jurídicas?

Foi dito que as esferas públicas não-estatais têm a função de descentralizar os processos decisórios do Estado (políticos, não propriamente jurídicos), dividindo-os com a sociedade civil organizada e diminuindo o distanciamento entre o conflito e a solução. Levando em consideração os escopos políticos e sociais da função jurisdicional (ou equivalente), decorrentes da constatação de que o indivíduo que não tem acesso à justiça não tem direitos e que, portanto, descaracteriza-se como cidadão, deve-se reconhecer que os meios alternativos de resolução de litígio, e inclui-se aí a arbitragem, podem garantir maior acesso à justiça, caso haja uma popularização de tribunais extra-estatais.

Nesta hipótese, poderia haver também a substituição da apatia pela participação, movida por processo similar de substituição da denegação de direitos pela efetivação de direitos. A diminuição da distância e da impotência da solução face ao conflito poderia ser também viabilizada, mormente se tais tribunais fossem distribuídos entre bairros ou regiões e visassem a resolver conflitos de vizinhança ou de grupos homogêneos portadores de novas juridicidades<sup>313</sup>, ou seja, **a promover o direito entre os iguais**.

Entretanto, assim como se viu que o patrimonialismo – a presença de interesses privados na esfera estatal – dilacera o Estado, o mesmo pode ocorrer na esfera não-estatal. *A exposição cada vez maior da vida privada dos indivíduos ao espaço público determina a confusão entre o público e o privado, acarreta a separação entre o indivíduo e o cidadão, ameaça a subjetividade do particular e despolitiza o cidadão e a esfera pública, que deixa de ser o espaço de discussão da política*:

---

<sup>312</sup> CIRNE LINS, Liana. *Democracia Participativa e Orçamento Participativo*, p. 5.

<sup>313</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*, p. 229-230.

“Os defensores recentes do liberalismo são precisamente aqueles que advogam em defesa dessa particularidade, **da subordinação do político ao livre jogo das dominações econômicas**, onde vai se colocar a **máxima hobbesiana de dominação do mais forte**. A isto corresponde uma evacuação da esfera propriamente pública. O problema é que **quando ocorre essa separação entre o cidadão e indivíduo, se despolitiza a esse último ao mesmo tempo que, massificado, ele aparenta ser público.**”<sup>314</sup> (grifou-se)

Ora, as esferas não-estatais podem ser privadas ou públicas e, podem ainda, despolitizando-se, aparentarem ser públicas. *Entretanto, somente na hipótese em que a esfera não-estatal seja **efetivamente pública**, quer dizer, seja espaço de discussão política, de determinação de **interesses comuns**, é que se poderá falar em práticas democratizadoras.*

Por esta razão é correto afirmar que a arbitragem, como possibilidade democratizadora das instâncias jurídicas, acarreta o *afastamento* de sua perspectiva como *bem de consumo elitista* inerente a algumas interpretações, dissociação motivada pelo fato de que, vista como *justiça privada*, a arbitragem consistiria na afirmação do particular em detrimento do público, na afirmação da denegação de direitos em detrimento da efetivação dos direitos e na afirmação da apatia em detrimento da participação política e comunitária.

Assim, o Estado é impelido a assumir a postura dialética de *compartilhar o poder decisório* – a fim de publicizar-se – e de permanecer apto a realizar a *síntese dos interesses particulares em interesse geral*, mediando a participação política travada nas esferas não-estatais. Impõe-se, portanto, uma dupla publicização, a realizar-se tanto na esfera estatal quanto fora dela, resgatando a dignidade da política e, conseqüentemente, da subjetividade.

Logo, o mesmo deve ocorrer com a arbitragem. O sentido a ser construído e consolidado para a arbitragem, sua *natureza jurídica*, deve ser a da democratização da justiça, o que implica a recusa em conformar os interesses particulares de grupos dominantes e a assunção da tarefa de tornar *pública* a justiça, de torná-la *democrática* e, enfim, *participativa*.

---

<sup>314</sup> ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*, p. 88.

### ii.iii.ii. A Arbitragem para Solução de Controvérsias entre Desiguais

Demonstrou-se que a arbitragem, como mecanismo público não-estatal de resolução de conflitos, pode permitir a democratização das instâncias jurídicas, através da participação popular, desde que seja esfera de afirmação do interesse público, e não de reafirmação das diferenças sociais e políticas e de denegação dos direitos. Viu-se que, **entre iguais**, a arbitragem pode diminuir a distância entre o problema e a solução, ou seja, diminuir a diferença entre as juridicidades emergentes dos grupos sociais homogêneos e as respostas juridicamente reconhecidas.

A diferença entre o público e o privado pode estabelecer também as bases para resolver-se outra questão, qual seja, a do uso da arbitragem entre *partes desiguais* como possibilidade democratizadora das práticas jurídicas, ou, ao contrário, como possibilidade denegadora da racionalidade jurídica emancipatória:

“Para Hegel, a esfera pública não é exclusivamente estatal. O poder judiciário constitui o lugar da passagem da sociedade ao Estado e, portanto, os tribunais são públicos, porém não são estatais. A sociedade cria mecanismos jurídicos para reger os seus conflitos, dos quais resultam os tribunais. O ponto de Hegel é o seguinte: **os tribunais tratam dos conflitos individuais, privados, das relações entre os particulares, enquanto o Estado se ocupa das relações sociais.**”<sup>315</sup> (grifou-se)

Vê-se que há aqui a preocupação com que o Estado se ocupe dos interesses públicos, os interesses comuns, deixando a esfera de resolução de conflitos privados aos particulares, motivo pelo qual os tribunais não deveriam ser encargo do Estado. Entretanto – e isto naturalmente escapava à concepção hegeliana, dadas as limitações inerentes ao papel do Judiciário de então – com o surgimento do Estado social, o Judiciário ganhou novos contornos e maiores dimensões políticas, não sendo mais mero conformador dos direitos individuais.

Ao contrário, passou a ser *foro privilegiado de lutas sociais* que devem ser integradas e mediadas pelo Estado. Neste caso, permaneceria válida a afirmação hegeliana de que deveriam os tribunais ser públicos não-estatais ou,

---

<sup>315</sup> ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*, p. 73.

contextualizada, ganharia ela novos contornos, apontando para o papel social e político dos novos direitos e do Judiciário que os deve contemplar?

Esta pergunta está parcialmente respondida pelo item anterior, pois, como se viu, a utilização de mecanismos informais e não-estatais pode tornar-se fator de democratização das instâncias jurídicas quando se tratar de conflito entre partes paritárias, nos casos em que não se manifestar a expressão de neocorporativismos lesivos ao interesse público. Entretanto, o mesmo não se pode afirmar quando o conflito versar sobre interesses de partes desiguais.

Afinal, é nestes casos que o Estado tem firmado posições políticas a fim de diminuir a desigualdade entre grupos sociais e econômicos mais e menos privilegiados, posições que são consolidadas no plano jurídico, conferindo papel sobremaneira político à atividade jurídica. É por esta razão que muitos dos autores têm externado sua preocupação com a utilização da arbitragem entre partes não-paritárias:

“Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-económico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. **Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais;** a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda da garantia, o que sempre será difícil (...).<sup>316</sup> (grifou-se)

Se, como se demonstrou, um dos propósitos do movimento pelo acesso à justiça era o da atenuação, no processo, através da participação positiva do juiz, das diferenças existentes entre as partes, recusando o papel de legitimação, via judicial, das desigualdades sociais existentes, possibilitada pela fórmula neutralizadora do “processo colocado no vácuo”; se, como se mostrou no primeiro capítulo, a racionalidade jurídico-formal foi construída de maneira a atender os interesses das classes política e economicamente dominantes, tendo, entretanto, desenvolvido

---

<sup>316</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*, p. 156-157.

função obstaculizadora do arbítrio, seja econômico, seja político, servindo, por este motivo, aos interesses das classes dominadas; se o óbice ao arbítrio está materializado nas garantias formais do Direito, tem-se, portanto, que *onde a formalidade é substituída pela informalização, o risco de arbítrio, de violência do mais forte sobre o mais fraco é sobremaneira acentuado*.

Justifica o temor aqui expressado o posicionamento quanto à utilização do **princípio jurídico da igualdade**, na arbitragem, **de forma estática**, ou seja, ***sem ensejar atuação do árbitro a fim de colocar as partes, no processo arbitral, em real posição de igualdade***:

“Quanto ao princípio da igualdade, que estabelece a paridade entre os litigantes, **necessário notar que não existem no processo arbitral os mesmos mecanismos de transformação da igualdade formal em igualdade material de que dispõe o juiz estatal**. Desta forma, a **igualdade** de que trata a Lei permanece numa **dimensão estática**, dificilmente superável. **É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se em situação bastante equilibrada** e escolhem espontaneamente meio através do qual resolverão seu litígio; no processo estatal, ao contrário, o equilíbrio das partes não é regra e a participação no processo não é voluntária, mas sim obrigatória. **Se aqui a intervenção estatal é necessária para equilibrar as partes ontologicamente desiguais, lá esta intervenção pode ser confortavelmente dispensada**. Assim, enquanto a paridade de armas é uma inquietação para o juiz togado – a ponto de a Lei 9.099/95 ter determinado que, comparecendo uma das partes de seu advogado, caberá ao Estado proporcionar representação técnica para seu adversário –, **o árbitro não deverá preocupar-se com o tema, estando na esfera de disponibilidade das partes nomear ou não advogados, pois pressupõe-se que os litigantes, ao escolherem a via arbitral, estejam bem informados sobre suas possibilidades e dificuldades, até porque escolheram livremente o procedimento que pretendiam ver aplicado à solução da controvérsia.**”<sup>317</sup> (grifou-se)

A função simbólica desempenhada pelo *princípio da autonomia da vontade* para o funcionamento da lógica deste discurso é primordial. De acordo com este argumento, *o simples fato de haverem as partes eleito o procedimento arbitral redundaria na condição de igualdade das mesmas (e inclusive no pleno domínio de informações tocantes ao procedimento)*, determinando que a preocupação com a igualdade substancial, no processo arbitral, restasse esmorecida.

De fato, uma tal perspectiva apenas se compatibilizaria com a justiça elitista pregada por alguns. De resto, imaginar que todos estão em condições de igualdade

---

<sup>317</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 204-205.

para realizar contratos remonta às teorias liberais burguesas e ao “individualismo radical, significando a exclusividade e a suficiência do querer humano como fonte de irradiação de efeitos no plano jurídico”<sup>318</sup>, teorias estas há muito e suficientemente bem criticadas.

Basta lembrar a máxima gramsciniana segundo a qual deve-se opor ao argumento burguês de que todos nascemos nus – e portanto iguais – a realidade de que uns nascem muito mais nus do que outros<sup>319</sup>.

O perigo de acentuação das diferenças no processo arbitral, entretanto, não é o único risco subjacente à utilização de mecanismos informais para solução de conflitos entre partes não-paritárias. Da mesma forma, a partir do momento em que, como se disse, os tribunais passam a ser foro privilegiado das lutas sociais, da busca pelo reconhecimento estatal das demandas nascidas na sociedade, a **mediação político-jurídica** entre Estado e grupos sociais é fator impulsor destas novas demandas e de novas racionalidades jurídicas. Por este motivo, CAPPELLETTI ressaltou limites às iniciativas informalizadoras por ele estudadas:

**“Um problema possível, por exemplo, é que, enquanto as partes podem contentar-se com um determinado acordo, a prática de acordos pode evitar que se obtenha uma norma técnica, destinada a proteger toda uma classe de pessoas.”**<sup>320</sup> (grifou-se)

A proposição do autor italiano aponta para o fato de que a facilitação de acordos em nível individual pode esvaziar o conteúdo político de toda uma categoria de demandas. *Nestes casos em que o uso da arbitragem acarreta a despolitização do conflito tem-se que a utilização do instituto ocorre em detrimento da mediação jurídico-política que permite ao Estado incorporar novas racionalidades que tenham por fim promover crescentemente o ideal moderno da igualdade.*

Já se demonstrou, inclusive, que a administração da justiça, nas décadas de 60 e 70, era alvo dos grupos que realizavam intensa atividade política e que se sentiam estimulados a apresentarem suas reivindicações sociais e políticas na esfera jurídica, a fim de que fossem as mesmas, via judicial, incorporadas pelo

---

<sup>318</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*, p. 38.

<sup>319</sup> GRAMSCI, Antonio apud BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juizes Gaúchos*, p. 186.

<sup>320</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 87.



Estado. Com a ascensão dos mecanismos extra-estatais de resolução de litígios, nas décadas de 80 e 90, entretanto, a preocupação com o desenvolvimento político dos direitos deslocou-se para a harmonia em nível individual, despolitizando as demandas<sup>321</sup>.

Assim, se, de um lado, rejeitou-se a utilização dos institutos alternativos à jurisdição estatal apenas na restritiva esfera intraclasse dominante, tem-se, de outro lado, que a utilização destes no domínio interclasses pode ser tanto ou mais lesiva aos interesses dos grupos subordinados do que sua mera utilização elitista. Dois casos merecem ser considerados com atenção, quais sejam, utilização da arbitragem para resolução de litígios decorrentes de relações de consumo e o de sua utilização para dirimir controvérsias decorrentes de relações de trabalho.

Nas duas hipóteses, as partes, tomadas coletiva ou individualmente, encontram-se em posição ontologicamente desigual, consumidores e empregados estruturalmente sem poder de barganha face a fornecedores e empregadores. Tais desigualdades, como se viu, permeiam o processo e exigem do juiz postura equilibradora dos poderes das partes.

Não se pretende, com isto, tratar o consumidor como se este fosse um incapaz<sup>322</sup>. Ou de fazer o mesmo com o trabalhador. Nem um dos dois é ou merece ser tratado como incapaz. Trata-se apenas de compreender que ocupam – como classe – posições ontologicamente assimétricas, o que põe seu adversário – também entendido como classe – em situação de considerável vantagem. Como se demonstrou, os novos (e outros nem tanto) direitos exigem novos conceitos e os que insistirem em entendê-los sob a ótica *liberal individualista* findarão sendo impelidos à solução do “círculo quadrado”.

O tratamento do consumidor, previsto no Código de Defesa do Consumidor, resultou de um esforço coletivo de processualistas implicados com o problema do acesso à justiça no Brasil, procurando dar ênfase à *solução coletiva* aos litígios envolvendo consumidores<sup>323</sup>, tomados como *classe*, sem descurar do tratamento

---

<sup>321</sup> NADER, Laura. Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos. In: *Revista Brasileira de Ciências* n° 26, out/94, p. 18-29 *apud* BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juízes Gaúchos*, p. 187.

<sup>322</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*, p. 15.

<sup>323</sup> Tendo em vista a constatação de que o consumidor é titular de um direito que é, na verdade, apenas um *fragmento de um vasto direito difuso*, diante da produção e circulação em massa dos bens, razão pela qual o procedimento simplificado das pequenas causas mostra-se inadequado para

dos litígios individuais, buscando lograr “o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – *até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual* – exigindo um novo enfoque da *par condicio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal”.<sup>324</sup>

Todo esforço foi direcionado, portanto, para prover instrumentos técnicos<sup>325</sup> que possibilitassem a melhor representação dos interesses dos consumidores em juízo e também para conferir ao juiz importante papel na interpretação e aplicação das garantias ao consumidor.

Esta é a razão que justifica o temor do uso da arbitragem e de outros mecanismos informais (ou menos formais) de solução de litígios, fazendo com que a doutrina especializada resista ao seu uso. Assim demonstra BARBOSA MOREIRA:

“Os inconvenientes da transação, **sobretudo entre o fornecedor-empresa e o consumidor isolado**, são por demais óbvios, decorrentes da própria disparidade de forças, em virtude da qual se poderá chegar a um **resultado mais próximo da total submissão do segundo ao primeiro** do que, propriamente, de um ato que acarreta concessões recíprocas, elemento essencial daquele negócio jurídico. **Se a composição, todavia, se fizer no curso de processo, a atuação do Juiz poderá suprimir esse inconveniente.**”<sup>326</sup> (grifou-se)

E ainda:

“Observo, quanto ao compromisso extrajudicial, que, **advertido dos riscos a que se poderia sujeitar** o destinatário final de serviços e produtos, **se a escolha desse meio de composição do litígio não for resultado de livre manifestação de vontade**, o legislador proscreeu, pelo seu caráter abusivo, a cláusula contratual que determine “a utilização compulsória de arbitragem”<sup>327</sup> (grifou-se)

---

a solução dos problemas dos consumidores, em nível global, visto que a “causa do consumidor” é um agregado gigantesco de pequenas causas, é, enfim, uma *causa gigante!* CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso dos Consumidores à Justiça. In: *RePro* v. 62, p. 207.

<sup>324</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Novo Processo do Consumidor. In: *RePro* v. 62, p. 141.

<sup>325</sup> Entre estes podem ser citados a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a adoção do critério da probabilidade na valoração da prova, a adoção da prova indiciária (ilação da ocorrência de fatos decorrentes de outros, comprovados, em que se guarda possível nexos causal), a flexibilidade para interpretação das normas de proteção ao consumidor, tais como “vantagem excessiva”, “obrigação abusiva”, “cláusula excessivamente onerosa”, etc., que devem ser compreendidas por meio de critérios jurídico-políticos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Defesa do Consumidor em Juízo. In: *RePro* v. 61, p. 183-185.

<sup>326</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Defesa do Consumidor em Juízo. In: *RePro* v. 61, p. 181.

<sup>327</sup> *Idem, ibidem*, p. 181.

A leitura de BARBOSA MOREIRA fornece suporte teórico a partir do qual podem ser exaradas quatro conclusões parciais:

1. o consumidor, individualmente considerado, sujeita-se a maiores riscos, dada a inexperiência e a desigualdade de armas frente ao seu adversário (o mesmo pode ocorrer nos conflitos coletivos; entretanto, nestes, os consumidores estarão provavelmente melhor representados do que em situações isoladas);
2. os riscos de lesão que enfrenta o consumidor no processo podem e devem ser atenuados pelo juiz estatal, o mesmo não ocorrendo em procedimentos mais simplificados, como é o caso da arbitragem, em que, partindo da pressuposição liberal e equivocada de que todos são iguais, não há a “preocupação política de acesso à Justiça”<sup>328</sup>;
3. há de ser verificado, pelo juiz do Estado, sempre que lhe competir o exame, se o consumidor, foi, **de fato**, informado sobre as implicações da escolha da arbitragem como meio de solução do litígio potencial, o que significa que a simples adesão à cláusula *não permite inferir manifestação livre de vontade*, ainda que a cláusula esteja de acordo com o parágrafo 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem (ou seja, em documento anexo ou em negrito), pois, ainda de acordo com o mesmo dispositivo, a iniciativa de inclusão da cláusula compromissória deve ser do aderente ou, não sendo sua a iniciativa, deve haver sua efetiva concordância, que deverá manifestar-se expressamente. Há aqui uma exigência de complementaridade: não basta a concordância tácita, exigindo-se sua manifestação expressa e tampouco basta a adesão expressa (simples assinatura) sem que haja a concordância efetiva. Não são, portanto, os dispositivos presentes no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem e no art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor incompatíveis, mas, ao contrário, complementares, cabendo ao juiz verificar se foi livre e efetiva a manifestação de vontade do consumidor, verificação esta que deve ser realizada de acordo com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.;
4. estando o juiz convencido de que a manifestação de vontade do consumidor não foi livre ou consciente – quer dizer, no pleno gozo das informações que

---

<sup>328</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 147.

permitem erigir um juízo de conveniência sobre a escolha – deve, com fulcro no art. 51, VII, Código de Defesa do Consumidor, considerar compulsória a cláusula arbitral, reconhecendo-lhe a nulidade com efeitos *ex tunc*<sup>329</sup>. A nulidade deverá ser declarada pelo juiz *ex officio* em qualquer ocasião em que lhe competir manifestar-se sobre o processo arbitral, como, por exemplo, na execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da Lei de Arbitragem) ou na ação de anulação da sentença arbitral (art. 32 e 33 do mesmo diploma).

A estas ilações deve somar-se, ainda, uma quinta conclusão parcial:

5. tendo em vista a assistência jurídica integral e gratuita garantida para os consumidores carentes (art. 5º, I, do Código de Defesa do Consumidor), a gratuidade do procedimentos em sede dos Juizados Especiais e a atividade remunerada dos árbitros, tem-se que, sempre que os custos da arbitragem implicarem denegação de justiça para a parte que não puder por ela pagar, tratar-se-á de caso de nulidade da cláusula compromissória, a fim de permitir a resolução do conflito através de instâncias gratuitas, não apenas com base nas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, mas inclusive com base na inafastabilidade da prestação jurisdicional constitucionalmente prevista.

Em se tratando de controvérsias oriundas de relações de trabalho, a arbitragem, da mesma forma, demonstrar-se-á instrumento pouco adequado à natureza do conflito, em que pese o debate que se trava entre a mais autorizada doutrina progressista.

Não apenas aqueles que julgam ser a arbitragem justiça elitista proclamam a aplicabilidade da arbitragem para solução de conflitos trabalhistas (incorrendo em possível contradição), argumentando que se a conciliação e a transação são admitidas naquela esfera, também a arbitragem poderia sê-lo<sup>330</sup>. A este argumento contrapõe-se o já mencionado *papel institucional* (pois a função especializada da Justiça do Trabalho é justamente a de proteger o trabalhador) que tem o juiz de equilibrar as partes no processo, cuidando para que o hipossuficiente não seja

---

<sup>329</sup> NERY JR., Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*, p. 341.

<sup>330</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 51.

prejudicado com um acordo que antes represente sua total submissão do que efetiva concessão mútua, papel que, na arbitragem, fica limitado pela prevalência do *princípio da igualdade tomado em sua acepção meramente formal* em vista do *mito da autonomia da vontade* que se aplica na esfera arbitral.

Os argumentos favoráveis à utilização da arbitragem por parte dos juristas verdadeiramente implicados com a classe trabalhadora residem em outro ponto. A sua principal motivação está na disfuncionalidade da Justiça do Trabalho. De fato, a demora do processo, nesta instância, é fator prejudicial da parte mais fraca que, nestas condições, apressar-se-á em aceitar acordos iníquos. Também o papel institucional promocional do trabalhador não é por todos os juízes assimilado, agravando-se o conservadorismo em sede dos tribunais superiores, sobretudo em sede do Tribunal Superior do Trabalho, a julgar abusivas as greves e impondo entraves à organização dos trabalhadores<sup>331</sup>. Da mesma forma, alerta-se para o risco de deixar que “as forças do mercado” regulem a matéria, criando ou não mecanismos institucionais *sem* a participação dos setores democráticos e populares segundo seus específicos interesses<sup>332</sup>.

Na perspectiva individual, afora as dificuldades técnicas para “utilização da arbitragem de “direitos patrimoniais disponíveis”, o que nem sempre é fácil de conceituar em se tratando de um ramo do direito marcadamente tutelar<sup>333</sup>, tem-se os mesmos problemas relacionados às disparidades ente fornecedor-consumidor, sendo possível afirmar que, na esfera do direito do trabalho, estas disparidades aumentam em profundidade e tensão, dada a natureza de subordinação de uma parte em relação à outra, subordinação esta não apenas jurídica como também econômica, mormente num tempo em que o quadro de desemprego e de miséria encontrou recrudescimento sem limites<sup>334</sup>.

Assim, a fragilidade do trabalhador, individualmente considerado, seu quase inexistente poder de barganha, face à empresa empregadora, litigante habitual,

---

<sup>331</sup> BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juízes Gaúchos*, p. 178.

<sup>332</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 236.

<sup>333</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 236.

<sup>334</sup> Dados do DIEESE apontam que há uma diminuição progressiva nos reajustes salariais desde o início do Plano Real, à exceção do ano de 1998. Informativo Eletrônico do DIEESE, ano I, nº. 2, maio de 2.000.

melhor representada, acentua-se consideravelmente<sup>335</sup>. Com todas as críticas que coerentemente podem ser dirigidas à esfera da jurisdição estatal, esta ainda é espaço a possibilitar respeito às normas de caráter protetivo e a providenciar representação dos interesses dos que não podem pagar por um advogado, além da gratuidade do processo nos casos legalmente previstos.

E quanto à arbitragem? Como não recair em hipótese de assombrosa denegação de justiça se se deixar a parte hipossuficiente por suas próprias possibilidades, sem condições de pagar sequer pelo procedimento arbitral – que, como se sabe, é remunerado, em alguns casos, muito bem remunerado – e sem condições de contratar adequada representação – pois nesta instância o árbitro não dispõe de poderes para providenciar representação da parte carente –, com o que certamente a parte adversária contará, em evidente rompimento da *par conditio*? E, supondo-se que a empresa se dispusesse a arcar com os custos do procedimento arbitral, não haveria uma *potencialização das vantagens do litigante habitual*, com os mesmos riscos antes mencionados (item ii.ii.ii) sobre o tratamento privilegiado para os *bons clientes*?

Aliás, com as necessárias adaptações, estes mesmos temores podem ser transferidos para a esfera das *comissões de conciliação prévia* no âmbito das empresas, cuja regulamentação está prevista pela Lei nº 9.958, de 13/01/2000. Embora não seja objeto de exame deste trabalho, pelas mesmas razões que se nega a utilização da arbitragem não-estatal na esfera de resolução dos conflitos individuais de trabalho, teme-se a total submissão do empregado ao empregador para realização de acordos abusivos, mormente em sede da própria empresa.

Quanto à utilização da arbitragem extra-estatal como meio de dirimir conflitos coletivos de trabalho, remete-se à Magda BIAVASCHI:

**“A retirada do Judiciário da mediação dos conflitos coletivos do trabalho deslocaria do Estado para o mercado a pressão reivindicatória exercida pelos trabalhadores organizados, transformando a Justiça do Trabalho numa justiça residual, com afirmação do estado autocrático. E aos que, apostando apenas na mediação direta entre patrões e trabalhadores, desconfiam da mediação institucional, remete-se (...) a necessária articulação, numa sociedade como a brasileira, dos organismos populares de democracia de base e os mecanismos**

---

<sup>335</sup> Por estas razões, tem a literatura especializada alertado para a dificuldade de instituir a arbitragem para solução de controvérsias trabalhistas de cunho individual. Consultar FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *A Nova Lei de Arbitragem e as Relações de Trabalho*, p. 25.

tradicionais de representação indireta que, uma vez abertos à pressão daqueles organismos populares, **podem constituir local de síntese política das demandas de sujeitos coletivos, tornando-se instância institucional da hegemonia negociada**<sup>336</sup> (grifou-se)

Em relação ao segundo ponto antes mencionado – que remete à necessidade de participação dos setores populares nas formas de juridicidade emergentes, a fim de não permitir ao mercado fazê-lo sozinho – o mesmo determina a preocupação, presente neste trabalho, de não pensar a arbitragem monoliticamente, caindo em pontos extremados supostamente inconciliáveis. A perspectiva dialética indica a necessidade de extrair do mesmo objeto seus aspectos positivos e negativos, sem que uns e outros se anulem mutuamente. Assim é que se afirmou anteriormente ser a arbitragem pública não-estatal.

Viu-se, porém, que *a esfera extra-estatal de resolução de controvérsias entre partes não-paritárias despolitiza o conflito, esvazia seu potencial universalizador, encerrando o jogo democrático exclusivamente entre os setores sociais mais organizados e excluindo os setores mais débeis, justamente os maiores necessitados da tutela do Estado:*

“A sociedade brasileira é atravessada radicalmente pela desigualdade: de classe e intraclasse. Num pequeno pólo desenvolvido da sociedade está uma classe trabalhadora orgânica e forte, com capacidade de barganha, e noutro uma classe industrial rica e não menos forte. E o restante da classe trabalhadora (90%) é inorgânica, fraca, sem capacidade de barganha. Retirar o Estado desta relação (...) é: **destensionar a relação dos trabalhadores com o Estado, logo excluir o Estado de sua função diretiva.**”<sup>337</sup> (grifou-se)

Justifica-se, portanto, a necessidade de afirmação da presença estatal no processo de mediação jurídico-política dos conflitos de classe:

“(...) a multiplicação no capitalismo de associações particulares, coagulando interesses setoriais limitados, levou freqüentemente a fenômenos de corporativismo selvagem, com o conseqüente eclipse da “vontade geral”; **a mediação entre os interesses corporativos passa a ser feita pelo mercado, o que consolida a perpetuação da ordem privatista do capitalismo.**”<sup>338</sup> (grifou-se)

---

<sup>336</sup> BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juizes Gaúchos*, p. 187.

<sup>337</sup> GENRO, Tarso *apud* RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 219-220.

<sup>338</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Democracia e Socialismo*, p. 29.

Aponta-se, assim, para a **utilização da arbitragem para resolução de conflitos entre partes não-paritárias combinada com a mediação estatal**:

1. É o caso da proposta de **arbitragem pública estatal dos conflitos coletivos de trabalho**, em caso de malograda a negociação coletiva, respeitadas as garantias asseguradas na lei e, sendo irrecorrível a decisão, suprimindo-se os inconvenientes do recurso das decisões dos dissídios coletivos ao Superior Tribunal do Trabalho<sup>339</sup>.
2. Da mesma forma, nos casos que envolvam relações de consumo, a **arbitragem pública estatal** poderia ser competência dos órgãos municipais e estaduais de defesa do consumidor. Os PROCON's (ou órgãos similares) têm a vantagem de serem populares e de gozarem quase sempre da credibilidade do consumidor. As vantagens da instituição da arbitragem em sede dos PROCON's (ou órgãos governamentais com mesma função), cuja competência deveria tornar-se obrigatória em todas as controvérsias envolvendo relações de consumo, residiriam a. na função institucional de proteção ao consumidor inerente a estes órgãos, que garantiria a condução do processo arbitral de acordo com as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor; b. na experiência que tem grande parte destes órgãos em realizar audiências de conciliação entre consumidor e fornecedor; c. na gratuidade dos procedimentos, que deveria ser mantida, ao menos em relação ao consumidor; d. na função que têm os mesmos de organizar as demandas que lhe são dirigidas em dados que são remetidos aos órgãos de criação de políticas públicas na área do direito do consumidor.

Nos dois casos citados, o estabelecimento da instituição arbitral de forma combinada com a mediação estatal – e não em seu detrimento – determina a superação da potencialização das desvantagens do litigante mais débil e, sobretudo, *afasta a fragmentação e a pulverização do conteúdo político das demandas*,

---

<sup>339</sup> Proposição nº 28 do 3º Congresso Estadual da Magistratura (RS), aprovada por unanimidade na comissão temática e na plenária. BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juízes Gaúchos*, p. 177.



permitindo a **universalização das vantagens** isoladamente obtidas e garantindo, assim, o resgate da dignidade da função judiciária que, recusando o papel meramente conformador de particularismos, reivindica a *síntese da vontade geral* e a função democratizadora das instituições estatais.

## **CAPÍTULO III:**

### **ARBITRAGEM, JURISDIÇÃO E CONTROLE JURISDICIONAL ESTATAL**

### iii.i. Estado, Jurisdição e Arbitragem

*“A única maneira de teres sensações novas é construíres-te uma alma nova. Baldado esforço o teu se queres sentir outras coisas sem sentires de outra maneira, e sentires sem mudares de alma. Porque as coisas são como nós as sentimos – há quanto tempo sabes tu isto sem o saberes? – e o único modo de haver coisas novas, de sentir coisas novas é haver novidades no senti-las.”* Fernando Pessoa. Livro do Desassossego.

O tema sobre a jurisdicionalidade da arbitragem acirra os debates entre os estudiosos da matéria. A polêmica não é desmotivada. Ao debaterem o tema, discutem, a um só tempo, o fundamento do poder soberano, o processo de formação do monopólio jurisdicional, os escopos da função jurisdicional, o desempenho do Estado no cumprimento desta função, as manifestações plurais da racionalidade jurídica, a legitimidade do monopólio estatal da aplicação do Direito, temas cuja importância é evidente.

Pretende-se apresentar uma colaboração ao debate, através da análise de alguns dos tópicos acima mencionados, fixando o conceito de jurisdição com o qual se trabalhará e levando em conta a advertência anteriormente feita (item ii.iii.i) sobre a necessidade de que a natureza jurídica de um instituto somente possa ser estabelecida de forma relacional à realidade para a qual é pensada.

Conceituado o fenômeno da jurisdição, partir-se-á para o estudo da competência da arbitragem, enfocando os limites do princípio da autonomia da vontade das partes face aos interesses sociais do Estado.

### iii.i.i. Monopólio Estatal da Jurisdição e Pluralismo Jurisdicional

O conceito de jurisdição, na literatura especializada, é associado à tipologia das atividades desenvolvidas pelo Estado, vinculada esta ao princípio da separação dos poderes. Assim, compete à função legislativa a elaboração das leis que disciplinam o comportamento dos homens sujeitos à soberania estatal, à função administrativa, a fixação de diretrizes políticas do Estado e seus meios de execução e à função jurisdicional, a solução dos conflitos de interesses mediante a aplicação da vontade subjetiva da lei ao caso concreto<sup>340</sup>.

De fato, a idéia de Direito produz uma atração quase irresistível à idéia de jurisdição, isto porque o primeiro é equiparado à norma jurídica editada pelo Estado<sup>341</sup>, com o conseqüente confinamento da jurisdição à atuação das normas estatais<sup>342</sup> e a negação das manifestações plurais da racionalidade jurídica.

Costuma-se dizer, portanto, que a *jurisdição* é manifestação do *poder soberano* e, partindo da teoria da soberania popular<sup>343</sup>, que todo poder e exercício do poder emana do *povo* – através da autorização dada pelo povo para que os órgãos institucionalmente constituídos ajam com autonomia em nome do povo e para o povo –, poder este que é um *poder político de comando* que tem como destinatários os cidadãos nacionais dentro de um território. A soberania, no plano interno<sup>344</sup>, traduzir-se-ia pelo monopólio da produção do direito positivo pelo Estado e pelo monopólio da coação organizada considerada legítima para impor a efetividade dos comandos<sup>345</sup>.

Entretanto, o argumento de que a jurisdição é manifestação da soberania incorre no *reducionismo* que o conceito de soberania impôs à compreensão da

---

<sup>340</sup> Este conceito inicial é propositalmente restrito à perspectiva meramente funcional do conceito de jurisdição, usualmente aceito. O conceito definitivo de jurisdição será construído ao longo deste texto.

<sup>341</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil* v. 1, p. 23.

<sup>342</sup> VERDE, Giovanni. *Profili Del Processo Civile*, p. 39.

<sup>343</sup> Os outros fundamentos do poder soberano consistiriam no princípio monárquico e na teoria da soberania nacional (cujo conceito de nação como fonte da soberania serviu aos burgueses revolucionários para pôr fim à tradição da legitimidade dinástica), calcada na representatividade. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 151 e 108.

<sup>344</sup> No plano internacional, as noções de soberania e de território, entre outras, acham-se fragilizadas devido ao impacto da globalização (ver item i.ii.ii).

<sup>345</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 286-287 e 86.

*organização do poder na sociedade*, conceito este tradicionalmente usado pelos juristas para ignorar as manifestações do fenômeno do poder sob os matizes político, social, econômico e ideológico<sup>346</sup>.

Demonstrou-se no capítulo primeiro (item i.i), através do estudo da sociologia weberiana, que a formação do monopólio estatal da jurisdição não teve origens propriamente nobres. Interessava ao príncipe – e às camadas com quais este tinha que contar – a ampliação de seu poder, o que foi possibilitado pelo crescimento gradual de sua participação nas esferas de criação e aplicação do direito, tidas então por sagradas.

Mencionou-se também que as características formais da administração de justiça principesca deveriam apresentar um **nexo** com as características formais da administração burocrática do príncipe, sem o qual não haveria a *imanência* do poder de dizer e aplicar o direito ao poder de governar do príncipe.

Ainda, uma abordagem foucaultiana do processo de formação do monopólio jurisdicional permitiu ver também um interesse manifestamente econômico em obrigar a presença de um procurador do príncipe nos duelos privados (forma legítima de aquisição de bens durante a baixa idade média), a fim de conferir o cumprimento de certas formalidades exigidas ao duelo, taxando, com isto, um percentual sobre os bens despojados do perdedor.

Porém, apesar da racionalidade jurídico-formal ter sido impulsionada pelas camadas que detinham poder político e econômico, verificou-se que a formação do monopólio de produção e aplicação de normas pelo príncipe, por permitir segurança e calculabilidade, necessários à expansão da acumulação capitalista, interessava igualmente às classes dominadas, que nela viam um limite ao arbítrio.

Isto se dá porque as formas jurídicas são a expressão das relações travadas entre as distintas forças atuantes na sociedade. Por esta razão resta parcial a afirmação muitas vezes feita de que o monopólio estatal da jurisdição e a vedação da autotutela representariam evolução do pensamento jurídico ou sinal de progresso da civilização.

Longe de demonstrar que o monopólio jurisdicional estatal foi instrumento importante de estruturação do poder político e econômico, a jurisdição é com

---

<sup>346</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, p. 74.

freqüência apresentada como evolução histórica, linear e harmônica, decorrente da formação das organizações sociais e políticas. Nestas, haveria a necessidade de produção e apropriação de bens seguida da necessidade de impor obediência à determinação da partilha destes bens com conseqüente submissão das vontades do homem. Ao aumento da complexidade das sociedades corresponderia, assim, a substituição das formas autônomas de solução de conflitos pelas formas heterônomas<sup>347</sup>. A jurisdição seria, portanto, uma forma desinteressada de solução de conflitos decorrentes da desobediência daquela partilha, impedindo assim a irracionalidade das soluções espontâneas.

Entretanto, o processo através do qual a racionalidade jurídica adquiriu os contornos que possui hoje não se caracterizou pelo refinamento do pensamento jurídico e nada demonstra uma necessária evolução ou progresso das formas jurídicas. Como se viu, a racionalidade formal do direito atendeu a postulados materiais, ou seja, a interesses econômicos, políticos, utilitários, etc.

A autotutela, na verdade, é mantida até hoje e, embora seja normalmente exemplificada pela doutrina processual com as formas de autocomposição subsistentes no ordenamento estatal (conciliação, desistência, renúncia, etc.) e vista como forma primitiva de solução de conflitos, é, paradoxalmente, defendida por setores conservadores quando se trata de resistir às invasões promovidas pelos sem-terra<sup>348</sup>.

Da mesma forma, a ação dos sem-terra é também autotutela. Nesta hipótese, a atuação política visa ao reconhecimento jurídico da ação<sup>349</sup>, ou seja, uma vez que o ordenamento jurídico não reconhece direitos aos sem-terra ou que a jurisdição

---

<sup>347</sup> A literatura processual classifica as formas de solução de conflitos entre *autônomas* e *heterônomas*, distinguindo-se as primeiras das segundas pela ausência, naquelas, de um terceiro imparcial apto a decidir a controvérsia. São exemplos de autonomia a autocomposição e a autotutela. A autocomposição pode ser extraprocessual ou endoprocessual e manifesta-se pela transação (quando os litigantes põem fim à disputa por meio de concessões recíprocas), pela submissão (quando um dos litigantes submete-se à vontade do outro) e pela renúncia (quando o credor renuncia seu direito). A mediação, como se afirmou anteriormente (item ii.ii.ii), é tida pela maior parte da doutrina como forma autônoma de resolução de controvérsias, através da *indicação*, por um terceiro imparcial, da solução com a qual as partes podem ou não concordar. A autotutela é concebida como a imposição da vontade de um dos litigantes através do uso da coação, sendo normalmente associada ao poder do mais forte, o que nem sempre é verdade, pois, como se verá, às vezes o recurso à autotutela (como no caso da greve) visa a obter justamente um equilíbrio de forças. A heteronomia caracteriza-se pela *imposição da decisão por um terceiro imparcial*, sendo sua forma mais conhecida a jurisdição estatal e tendo na arbitragem outro bom exemplo.

<sup>348</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 172.

<sup>349</sup> Ação política, não ação judicial a que se refere o direito de agir constitucionalmente previsto.

estatal se afigura muito conservadora na interpretação e aplicação destes direitos, estes se valem de meios não reconhecidos juridicamente, a fim de forçar o Estado, via atuação política, ao reconhecimento de seus interesses (reconhecendo-os como direitos). Somente a partir da proteção jurídica dos interesses dos sem-terra é que a ativação da jurisdição estatal teria sentido.

No campo do direito do trabalho, um exemplo conhecido de autotutela é a greve, meio de pressionar a parte contrária (patronal) a ceder ante as exigências dos obreiros, a fim de buscar um certo equilíbrio entre os fatores de produção<sup>350</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que o tratamento da autotutela como meio primitivo de resolução de conflitos, anterior à formação de um Estado forte e apto a estabelecer os ditames da justiça e a equiparação da autotutela ao exercício arbitrário do poder é em parte verdadeiro, especialmente no que concerne à execução da justiça privada a fim de dar vazão à barbárie própria da pré-modernidade (de que servem de exemplo as chacinas de menores, isto para não falar do “silêncio sorridente de São Paulo diante da chacina de 111 presos indefesos...”<sup>351</sup>) e, em parte, omite uma das facetas do monopólio estatal tanto da aplicação quanto da elaboração do direito, qual seja, a de que estas esferas não correspondem a uma adequação *desinteressada* dos conflitos surgidos na sociedade.

A exclusividade da administração da justiça pelo Estado induz à crença na imanência do Direito ao Estado (estrito senso), da qual resulta a visão neutra do Direito e a omissão do fato – aparentemente óbvio – de que, *se ordenamento jurídico elege certos interesses para proteger, isto implica necessariamente que elege outros para marginalizar*<sup>352</sup>.

A autotutela pode ser também, portanto, em alguns casos, manifestação política dos grupos marginalizados, a fim de chamar a atenção do Estado para que seus interesses ganhem reconhecimento jurídico e sejam universalizados. Assim, não se

---

<sup>350</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *Idem*, p. 173-174.

<sup>351</sup> “... mas presos são quase todos pretos ...” Trecho da letra da música *Haiti*, de Caetano Veloso, cantada por ele e Gilberto Gil.

<sup>352</sup> É neste sentido que se afirma que as esferas de produção e de aplicação do Direito não são desinteressadas e não no sentido de que o juiz, ao decidir uma lide, seja parcial. Como se sabe, a imparcialidade do juiz é característica fundamental da jurisdição e pressuposto de formação da relação processual.

pode inferir que o monopólio estatal da jurisdição represente um necessário progresso da ciência jurídica.

Por outro lado, não se pode tampouco inferir a instrumentalidade da razão jurídica às classes dirigentes, como instrumento de dominação unicamente. O que se pode constatar, como se disse, é que as formas jurídicas concentram relações de força e luta entre classes, a fim de atender aos interesses em confronto na sociedade (que se excluem mutuamente, por serem incompatíveis e mesmo antitéticos), embora sejam assimétricas as conquistas de cada classe em confronto<sup>353</sup>.

Resgatando-se as ponderações sobre o Estado ampliado gramsciniano, viu-se que as mesmas conduziram à consideração do Direito também em sua acepção ampliada (item i.ii.i), ou seja – para além dos mecanismos através dos quais as classes dominantes detêm o monopólio da violência –, a percepção de que o Direito é atravessado pela sociedade civil e pelas lutas por novas juridicidades que nela se travam, sendo, portanto, a síntese provisória – e assimétrica – dos distintos interesses sociais.

Assim, da mesma forma como cada elemento social homogêneo é “Estado”, não se podendo confundir o Estado com a burocracia estatal<sup>354</sup>, também o Direito é uma realidade plural, no qual os elementos sociais homogêneos expressam a afirmação de novas juridicidades e buscam sua universalização através do reconhecimento estatal, não podendo o Direito, igualmente, ser confundido com as instituições burocráticas do Estado.

Ora, se há um nexo entre as características formais da administração do poder e as características formais do aparato judiciário; se o Estado e o Direito não podem ser confundidos com a burocracia estatal; se a racionalidade formal é permeada e tensionada pelas racionalidades jurídicas emergentes na sociedade; se o fundamento de todo poder encontra-se no princípio da soberania popular, isto é, emana do povo; o que justifica o necessário monopólio da jurisdição pelo Estado, ou seja, sua necessária realização pelas instituições estatais?

---

<sup>353</sup> ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social*, p. 95.

<sup>354</sup> GRAMSCI, Antônio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, p. 184-185.



Para responder a esta pergunta, necessário conceituar as categorias de jurisdição e de monopólio jurisdicional estatal e verificar o tratamento destes temas em suas relações com o instituto arbitral.

A jurisdição é caracterizada, por um lado, por ser a expressão do poder soberano estatal e, por outro, como função do Estado. Como manifestação do poder estatal, o conceito de soberania serve à omissão do tratamento do fenômeno do poder na sociedade, como antes se afirmou, o que justifica o fato de a conceituação da jurisdição repousar quase que exclusivamente sob seus aspectos funcionais<sup>355</sup>.

A análise do fenômeno da jurisdição, sob sua perspectiva funcional, conduz à sua consideração enfatizando a. sua natureza substitutiva, presente na substituição da atividade privada pela atividade pública e na substituição da atuação da vontade das partes pela atuação da vontade abstrata da lei que se concretiza no caso particular (Chiovenda); b. no efeito declaratório e na conseqüente aptidão para produzir coisa julgada que têm os atos jurisdicionais (Allorio); c. na justa composição da lide – qualificada por uma pretensão resistida (no processo de conhecimento) ou insatisfeita (no processo de execução) –, através da sentença na qual o juiz declara o direito (Carnelutti)<sup>356</sup>.

A despeito das diferenças entre as distintas teorias sobre a jurisdição, as mesmas acentuaram o elemento sistemático que caracteriza o *proprium* da jurisdição, qual seja, o tratamento do litígio, pelo órgão judiciário, na posição de *terceiro imparcial*<sup>357</sup>. Aliás, vem se firmando o entendimento que a atividade secundária e substitutiva do juiz, de que tratava CHIOVENDA, reside justamente no caráter de imparcialidade do juiz, estranho à lide, pois “a atividade do Estado será sempre secundária de uma atividade primária dos interessados, que o próprio Estado proibira”<sup>358</sup>.

Enfocada a natureza substitutiva da jurisdição, pode-se afirmar que na arbitragem “(...) questi ultimi [os árbitros] si sostituiscono, e per consenso della legge, all’attività delle parti per affermare l’esistenza di una volontà di legge (...)”<sup>359</sup>. Também a qualidade da imutabilidade da decisão é própria à arbitragem, que, de

<sup>355</sup> MARTINS, Jordan Fabrício. *Jurisdição Complementar: Uma Proposta de Nova Ordem Jurisdicional Para o Estado Contemporâneo*, p. 16.

<sup>356</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil* v. 1, p. 26-40.

<sup>357</sup> VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, p. 40-41.

<sup>358</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil* v. 1, p. 41.

<sup>359</sup> SCHIZZEROTO, Gianni. *Dell’Arbitrato*, p. 34.

acordo com art. 31 da Lei brasileira, faz coisa julgada entre as partes, atendendo ao intuito desejado mutuamente pela lei e pelas partes de que o conflito não seja apenas definido, mas propriamente decidido pela solução arbitral. Finalmente, há que se reconhecer a instância arbitral como apta a compor a lide, com que também se reconhece “o caráter jurisdicional da arbitragem sempre que *terceiros* sejam chamados a intervir em dada relação para, com a força de sua intervenção, resolver ou compor divergência que as próprias partes por si mesmas não podem ou não querem superar”<sup>360</sup>.

Resgatando-se o elemento fundamental para a caracterização da jurisdição, qual seja, a *imparcialidade*, definidora mesmo da natureza substitutiva daquela, pode-se, de um ponto de vista funcional, afirmar-se a natureza jurisdicional da arbitragem:

“(...) il parallelismo tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale, in quanto così il giudice ordinario che l'arbitro debbono sostituire alla incertezza oggettiva, risultante dallo scontro delle certezze soggettive in ordine al rapporto controverso; cioè una visione imparziale (...)”<sup>361</sup>

Entre os principais argumentos contra a aceitação da natureza jurisdicional da arbitragem encontra-se aquele que repousa na falta de poder de *imperium* dos árbitros – o que conduz à discussão sobre a jurisdição sob a perspectiva do poder soberano estatal por ela manifestado. Entretanto, esta objeção “partiria de uma definição incompleta de *força* para qualificar o poder jurisdicional”<sup>362</sup>, afinal a “noção de jurisdição não compreende necessariamente a atuação da sanção contida na norma jurídica (...), é própria do juízo de execução, estando claramente ausente no condenatório, no declaratório ou no constitutivo”.<sup>363</sup>

A análise do fenômeno da jurisdição, na perspectiva do poder que expressa, induziu a doutrina à afirmação de que o ato jurisdicional deva ser praticado pela autoridade estatal apenas, através dos órgãos judiciais, residindo aí uma sua característica própria. Sendo o poder soberano do Estado *uno* e *indivisível* e a jurisdição a manifestação deste poder, não poderia ser *partilhada* com outras instâncias não-estatais, o que justificaria seu monopólio pelo Estado.

---

<sup>360</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*, p. 62.

<sup>361</sup> SCHIZZEROTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*, p. 23-24.

<sup>362</sup> RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*, p. 196.

<sup>363</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Idem*, p. 65.

O conceito de soberania, sobre o qual repousa a premissa do monopólio jurisdicional estatal, permitiu a formação do Estado moderno, através da concentração da autoridade, dispersada no sistema feudal. A unidade e a coesão do poder possibilitaram-se, inicialmente, pela formação de uma lógica absolutista, através da imposição do poder concentrado e o conceito de soberania, então, tornou-se o recurso com o qual o absolutismo fundou a obrigação política do súdito para com a autoridade estatal. A contraface do Estado absolutista, o Estado liberal, estruturou-se também nos alicerces do conceito de soberania, embora não mais voltado à afirmação do poder estatal, mas sim à sua regulação. Assim é que, com a diferenciação dos órgãos do Estado, independentes entre si, de acordo com o critério da especialização funcional, o poder soberano tenha sofrido a “separação dos poderes”, unificados, porém, sob a abstração da unidade do poder estatal, restando a jurisdição como uma parcela da manifestação do poder soberano<sup>364</sup>.

A afirmação da jurisdição como parcela de manifestação do poder soberano não indica fragmentação deste, que, como se disse, sob a abstração da unidade do poder, não comporta divisões. O que se indica é que *a jurisdição é poder-função que manifesta, parcialmente, a totalidade do poder soberano*.

Entretanto, se nos modelos de Estado absoluto e liberal, a concentração do poder soberano sobrepõe-se às demais expressões do poder, com o surgimento do Estado social, a meta constitucionalmente assumida de propiciar a **justiça social** é o fim maior do Estado, razão pela qual a idéia de *jurisdição complementar à jurisdição estatal*, ao contrário de ferir a noção de soberania estatal, implica o exercício desta mesma soberania diretamente pela sociedade, constituindo-se esta, a um só tempo, agente e destinatária do poder soberano<sup>365</sup>.

Acrescente-se que a sociedade, na hipótese da referida jurisdição complementar, é agente e destinatária do *poder soberano estatal*, pois, reafirma-se, o poder soberano é uno, não se podendo conceber distintos fundamentos do poder. E, também, sendo o Estado a síntese entre a sociedade política e a sociedade civil e, estando o fundamento do poder estatal no próprio povo, é de se inferir que ambos, sociedade política e civil, realizam o mesmo fim, o de promover o Estado,

---

<sup>364</sup> MARTINS, Jordan Fabrício. *Jurisdição Complementar: Uma Proposta de Nova Ordem Jurisdicional Para o Estado Contemporâneo*, p. 128-132.

<sup>365</sup> MARTINS, Jordan Fabrício. *Idem*, p. 134-136.

partilhando a realização de seus propósitos. Esta co-gestão da jurisdição, longe de revolver a pulverização das esferas de poder própria das épocas medievais, *assegura o fortalecimento do poder estatal*, sem que se confunda (ou disperse) este com seus aparelhos burocráticos.

Logo, a proposta de complementaridade jurisdicional, ou de pluralismo jurisdicional, do qual decorre a co-responsabilização pela prestação jurisdicional tanto pelos órgãos judiciais estatais como por outras esferas não-estatais, tem como objetivo a realização dos objetivos do Estado e, portanto, *como fundamento, o mesmo poder soberano*. Onde é possível afirmar que o pluralismo jurisdicional implica descentralização da administração da justiça, *mas não implica a fragmentação do poder soberano*.

Ora, se o poder soberano do Estado submeteu-se ao princípio da separação das funções, mantendo-se, ainda assim, indivisível, sob a abstração da unidade do poder, o mesmo pode-se dizer do poder jurisdicional. Descentralizando-se as funções próprias ao poder jurisdicional não se tem o fracionamento deste poder, que permanece uno. Não é poder que se reparte, mas sim as funções que lhe são próprias.

Neste sentido tinha razão SCHIZZEROTTO ao rebater a afirmação de SATTA, segundo a qual as partes não poderiam investir o árbitro de um poder do qual não dispõem. O equívoco reside na crença de que o poder das partes de eleger a esfera arbitral dá-se em contradição com o poder jurisdicional, além de ignorar que as partes têm poder porque assim lhes atribui a lei<sup>366</sup>. Enfim, conforme assinalou MORTARA, a fonte do poder jurisdicional é única tanto para os árbitros como para o juiz ordinário<sup>367</sup>.

Assim, a arbitragem, como forma alternativa e não-estatal de resolução de conflitos, do ponto de vista do poder soberano estatal, pode ser enquadrada na noção de *jurisdição complementar*. Desta forma, o reconhecimento da jurisdicionalidade da arbitragem não se contrapõe à unidade do poder soberano do Estado nem à unidade do poder jurisdicional que decorre daquele. A arbitragem, no que permite à sociedade partilhar e co-gestionar os propósitos do Estado, fortalece e reforça estes poderes.

---

<sup>366</sup> SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*, p. 27 e 32.

<sup>367</sup> MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e Delle Leggi di Procedura Civile* v. III, p. 52

## Jurisdição Arbitral e Competência: Limites à Autonomia da Vontade

Como se demonstrou, o reconhecimento da jurisdicionalidade da arbitragem decorre da aceitação da premissa de que o poder soberano não se fragmenta, mas, ao contrário, é reforçado com a jurisdição complementar, através da co-gestão da prestação jurisdicional entre os órgãos judiciais estatais e a sociedade, que se constitui, a um só tempo, agente e destinatária do poder jurisdicional.

Para que esta premissa seja válida, portanto, há que se vislumbrar como necessário o pressuposto de que os fins desejados pela sociedade na prestação da jurisdição complementar sejam *harmônicos* em relação aos fins desejados pelo Estado, a fim de assegurar a *unidade* do poder soberano do qual emanam todos os atos jurisdicionais e sem a qual estes não se formam.

O Estado, ao confiar à sociedade capacidade de auto-regulação<sup>368</sup>, permite que esta o faça na esfera dos direitos que não interessam diretamente ao Estado, como se pode dizer, inicialmente, sejam os direitos patrimoniais disponíveis. Outros direitos há com os quais o Estado está diretamente interessado, devido à sua obrigação de promover a justiça social. É o caso sempre que se tratar de direitos que versam sobre interesses de partes ontologicamente desiguais, hipótese em que a esfera de liberdade das partes para contratar tem de ser, através da proteção dada pelo Estado, equilibrada, a fim de que seja garantida a expressão da *real liberdade* de cada uma delas.

Assim, o conceito de direito disponível somente pode estabelecer-se em referência ao conceito de norma cogente, visto que ambos são aspectos distintos do mesmo fenômeno jurídico, um constituindo-se em relação ao outro, de forma exclusiva.

As normas jurídicas, sob a perspectiva de sua *incidência*, podem ser cogentes ou dispositivas. As chamadas *normas cogentes* ou *normas de ordem pública* determinam-se pela sua *necessária incidência* no caso concreto,

---

<sup>368</sup> Não se trata da esfera de *autonomia*, caracterizada pela solução do conflito alcançada pelas próprias partes, mas da capacidade de que os próprios organismos sociais sejam aptos a dirimir suas controvérsias, valendo-se, para tanto, seja de meios autônomos, seja de meios heterônomos (como é o caso da arbitragem).

independentemente da vontade dos interessados e mesmo contra tal vontade, que, nesta hipótese, é impotente. A norma cogente é, portanto, inexorável e corresponde aos interesses que merecem proteção do Estado. De outro lado, as chamadas *normas dispositivas* ou *facultativas* são normas cuja incidência dá-se na hipótese de *ausência* de manifestação volitiva das partes que podem, portanto, dispor quanto à aplicação ou não da norma jurídica de caráter dispositivo<sup>369</sup>.

Assim, um direito pode ser considerado disponível quando puder ser exercido livremente pelo seu titular, ou seja, quando não houver, a respeito da matéria sobre o qual o mesmo versa, disposição de norma cogente<sup>370</sup>.

Ora, nas esferas onde a tutela estatal é acentuada, entre as quais podem citar-se as relações de trabalho e de consumo, há uma prevalência de normas cogentes, o que, infere-se, inibe a possibilidade de utilização da arbitragem, já que a mesma dirige-se à solução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis e não à resolução de conflitos referentes a normas de ordem pública:

“visando ao amparo do trabalhador como ser humano e a prevalência dos princípios de justiça social, mediante limitação da autonomia da vontade, o Direito do Trabalho se constitui, em grande parte, de preceitos de ordem pública”<sup>371</sup>

E, no que tange às relações de consumo:

“Por fim, ainda neste tópico, destaque-se que as normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, o que equivale dizer que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial (...) O caráter cogente, todavia, fica bem marcado”<sup>372</sup>

Por esta razão, a literatura da área divide-se quanto à aceitação da utilização da arbitragem nestes campos. Há quem afirme que, como o direito de caráter protecionista não é integralmente cogente, permitindo uma esfera de transação, ainda que limitada, poderia a arbitragem servir à solução das controvérsias<sup>373</sup>. Há quem, de outra parte, a repudie completamente.

---

<sup>369</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil* v. 1, p. 122.

<sup>370</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 48.

<sup>371</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Instituições de Direito do Trabalho v. I, p. 200 *apud* FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *A Nova Lei de Arbitragem e as Relações do Trabalho*, p.25.

<sup>372</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 23.

<sup>373</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 51.

Já foi possível demonstrar, quando se tratou da arbitragem para resolução de contendas entre partes desiguais (item ii.iii.ii), que este meio de prestação jurisdicional apresenta não poucos inconvenientes para as partes hipossuficientes, inconvenientes estes sobremaneira potencializados nas demandas de caráter individual.

Assim, somados aos obstáculos antes elencados quanto à utilização da arbitragem para resolução de conflitos entre partes não-paritárias, quais sejam, a limitação ao princípio da igualdade, tomado apenas em sua acepção estática e formal, e a despolitização do conflito, resultante da incapacidade de universalização das soluções isoladas, acrescenta-se uma terceira dificuldade referente à aplicação de normas de ordem pública pelo juízo arbitral.

Alguns autores entendem que as normas de ordem pública, por serem inexoráveis, obrigam o árbitro, restando vazio o temor de que a arbitragem oprima aqueles para quem as normas protecionistas são direcionadas<sup>374</sup>. De fato, é correta a assertiva de que nem as partes nem os árbitros podem afastar a aplicabilidade destas normas, dada a esfera da autonomia da vontade ser limitada pela esfera da ordem pública, razão pela qual a desobediência a estes preceitos, consoante o disposto no art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem, enseja a decretação de nulidade da sentença arbitral.

Porém, de outra ordem deve ser o questionamento acerca do tratamento das normas cogentes pelo juízo arbitral, devendo-se saber se é *competente* a instância arbitral para solução de conflitos desta natureza, podendo ser formulada assim a indagação: Será o juízo arbitral, esfera não-estatal, competente para julgamento de causas que envolvam relações jurídicas nas quais a marcada intervenção estatal determina a obediência às normas de interesse público ou, ao contrário, exigir-se-ia que as mesmas fossem submetidas a esfera de resolução de conflitos igualmente estatal?

Como ponto inicial, aponta-se para duas soluções possíveis e distintas, a primeira consistente no fato de que as normas de ordem pública não comportam julgamento por esfera jurisdicional não-estatal e a segunda, no fato de que as relações jurídicas próprias do chamado dirigismo contratual não se constituem

---

<sup>374</sup> BARRAL, Welber. A Arbitragem e Seus Mitos. In: *Alter Agora* n. 5, p. 7.

exclusivamente de normas cogentes, permitindo transação, inclusive, motivo pelo qual seria possível o uso da arbitragem.

O primeiro argumento, de que as normas públicas comportam julgamento exclusivamente por esfera jurisdicional estatal, dado o interesse do Estado, remete ao conceito de competência e ao fato de que a norma, sendo de interesse público, não se compatibilizaria com o julgamento por esfera privada.

Remete-se, quanto a esta última parte, às conclusões sobre a natureza pública não-estatal da arbitragem (item ii.iii.i), razão pela qual fica afastada esta suposta incompatibilidade. Há que se ver, entretanto, se não há, para o caso, a exigência de que a prestação jurisdicional se realize exclusivamente por órgãos do Estado, dado seu manifesto interesse na solução do conflito, ou seja, se é competente a esfera arbitral para julgamento de direitos de natureza tutelar.

Ora, as normas de competência referem-se à divisão do trabalho em nível do Poder Judiciário ou, para poder incluir-se também o instituto da arbitragem, divisão do trabalho entre os órgãos que prestam serviço de administração da justiça, sendo esta divisão determinada por critérios ditados em nome da especialização do serviço jurisdicional, limitando-se, assim, a esfera de atividades que compete a cada órgão<sup>375</sup>.

A competência da esfera arbitral, ou seja, a limitação de sua esfera de atuação, é determinada pelos art. 1º e 2º da Lei de Arbitragem, segundo os quais a arbitragem poderá ser usada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitada a ordem pública.

Demonstrou-se que os direitos disponíveis e os indisponíveis são as faces distintas de um mesmo fenômeno jurídico, constituem-se um em relação ao outro, de forma exclusiva. Assim é que o limite à convenção de arbitragem depara-se na ordem pública, na esfera de direitos que são indisponíveis às partes, sobre os quais, repete-se, a vontade das partes é impotente e a vontade da lei, inexorável.

Por outro lado, afirma-se que, embora haja predomínio de normas de ordem pública, indisponíveis, nas áreas marcadamente tuteladas pelo Estado, nem todas as normas possuem caráter cogente, permitindo uma esfera de transação, ainda que limitada. Além disto, afirma-se, o direito indisponível, convertido em obrigação

---

<sup>375</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, p. 159-165.



pecuniária, permite que o *quantum* possa ser livremente pactuado pelas partes. É o caso, por exemplo, do direito de prestar e receber alimentos, indisponível, mas cuja conversão para valor pecuniário comportaria resolução por intermédio da arbitragem. O mesmo, portanto, poder-se-ia dizer do direito ao salário, indisponível, mas que, convertido em montante econômico, poderia tornar-se objeto de transação e, de, reputa-se, arbitragem<sup>376</sup>.

Inicialmente cabe verificar se há, de fato, uma necessária imanência da possibilidade de transação de um direito à possibilidade de solução pela via arbitral. Em item anterior (ii.iii.ii) demonstrou-se as desvantagens do uso da arbitragem para resolução de conflitos entre desiguais, demonstrando-se igualmente que, na esfera da jurisdição estatal, o juiz pode e deve valer-se de instrumentos que equilibrem as partes, de maneira a que uma delas não venha a aceitar acordos iníquos e que representem submissão total de um ao outro e não submissão parcial dos interesses de ambas as partes. Viu-se, ainda, que estes mesmos poderes (poder-se-ia mesmo falar em poderes-deveres) de equilíbrio das partes no processo o árbitro não dispõe, o que torna a arbitragem meio indesejável para solução destas controvérsias. Estas considerações, de outro lado, permitem concluir que a possibilidade de transação na esfera jurisdicional estatal não implica a possibilidade de solução arbitral do mesmo conflito.

Quanto ao argumento de que, embora não seja o direito disponível, é-o o *quantum* decorrente da obrigação disposta pelo direito, embora sedutor, não convence. Isto porque se parte de uma *operação lógica que reduz, de imediato, o direito à obrigação de caráter pecuniário*, o que nem sempre poderá encontrar correspondente, acrescente-se, sobretudo na esfera do direito do consumidor, onde a tutela exigida pode ser, em muitos casos (em especial quando se tratar dos chamados novos direitos), a da execução específica. Além do mais, o juiz ou o árbitro não devem decidir sobre os valores a serem ressarcidos em si, mas *sobre a existência ou não de uma pretensão alegada!*

Finalmente, a respeito de os campos do direito nos quais há uma atuação do Estado a fim de proteger o hipossuficiente não se constituírem integralmente de normas indisponíveis, o que ampliaria a esfera de atividade da jurisdição arbitral, ou seja, sua competência, deve-se questionar *como conciliar o tratamento de normas*

---

<sup>376</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 48.

*disponíveis e indisponíveis pelo juízo arbitral*, levando-se, ainda, em consideração o fato de que estas esferas são marcadas por **normas processuais** igualmente de ordem pública e, portanto, indisponíveis.

Uma solução possível poderia ser a de verificar se é indisponível o direito sobre o qual recai o objeto principal da controvérsia (como é o direito ao salário e que, como se viu, não comporta julgamento pela esfera arbitral) ou se, ao contrário, é o mesmo disponível (como é o direito ao ressarcimento de bem de consumo defeituoso) e permitindo-se, na última hipótese – que versa sobre direito disponível –, a utilização da arbitragem. Entretanto, é possível constatar que no curso do processo poderiam surgir outras várias questões, sobretudo de caráter processual, indisponíveis. Como se sabe, estas exigem igualmente um juízo de validade e de aplicabilidade por parte do julgador, ou seja, exigem igualmente decisão. Pode-se argüir que podem as mesmas ser decididas *incidenter tantum* pelo árbitro, visto que não constituem objeto da lide propriamente e apenas indiretamente ligam-se àquela.

Entretanto, o fato é que as normas de caráter processual visam a equilibrar as partes e a proteger a parte hipossuficiente. Sem estas o direito material alegado não pode ser adequadamente demonstrado no processo, hipótese em que perderia este sua caracterização e especificidade, qualidades presentes na garantia da inversão do ônus da prova ou do benefício a favor do trabalhador, entre inúmeros outros exemplos. Naturalmente, o procedimento arbitral não poderia afastar tais garantias, por serem as mesmas cogentes, mas o caso é que se indica não ser a instância arbitral competente para verificar sua incidência (necessária), já que tem sua esfera de atuação limitada aos direitos disponíveis.

Na instância arbitral, tais direitos ficariam desprotegidos, vez que as possibilidades de recurso são restritas, correndo-se assim o risco de, preteridas as garantias próprias do processo, perecer o direito material.

O legislador brasileiro teve, inclusive, oportunidade de demonstrar a incapacidade de conciliação do tratamento de direitos disponíveis e indisponíveis quando previu, no art. 25 da Lei de Arbitragem, que, em caso de sobrevir necessidade de decisão sobre direito indisponível – sendo a instância arbitral incompetente para tanto –, deverão remeter-se à autoridade competente do Poder Judiciário.

Nos diplomas legais de caráter protecionista, em que há predominância de regras cogentes, o fato de estarem os direitos disponíveis e indisponíveis inseparavelmente unidos, portanto, torna inviável tal separação entre tutela arbitral e tutela jurisdicional estatal, prevista para o caso de surgimento de controvérsia que verse sobre direito indisponível *no curso da demanda arbitral e não a ela anterior ou previsível*, como é o caso em tela.

Assim, quando a Lei dispõe que compete à instância arbitral o julgamento de controvérsias decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, quando houver manifestação da vontade das partes neste sentido, exclui a esfera de direitos indisponíveis, exclui, portanto, a possibilidade de que o árbitro decida sobre normas de ordem pública, com as quais preponderantemente constituem-se certas áreas do direito, entre as quais pode-se citar o direito do trabalho, o direito de família, o direito do consumidor, ficando estas, portanto, excluídas da competência arbitral.

Coaduna-se com esta conclusão a demonstração anteriormente feita de que a natureza jurisdicional da arbitragem indica uma co-gestão dos fins do Estado pelos seus órgãos e, partilhado o poder (originário da sociedade) com a sociedade civil, resultando no fortalecimento do Estado, entendido em sentido ampliado. Assim é que a da vontade das partes, que é, nesta esfera, privilegiada, mas não exclusiva, deve estar em complementação com a vontade do Estado e nunca em oposição à mesma.

Por esta razão, nas esferas nas quais o Estado mantém um interesse direto e específico seja para proteção de uma parte em relação à outra, seja pela particularidade da natureza jurídica da relação, não se abre a possibilidade de que as instâncias não-estatais venham a dar ao expresso e indeclinável interesse do Estado conotação diferente da pretendida, arriscando a deixar as partes em situação de desigualdade ôntica e não compensada.

Assim, o princípio da autonomia da vontade das partes só pode ser entendido de forma complementar, *e nunca de forma antagônica ou **concorrente***, à vontade desejada pelo Estado.

Uma ressalva, entretanto, há que ser feita. Nos casos previstos em lei, é permitida a utilização da arbitragem para solução de conflitos coletivos do trabalho.

Nestes casos, portanto, a Lei n. 9.307/96 é aplicada subsidiariamente às demais regulamentações do tema dirigidas àquele tipo de conflito<sup>377</sup>.

Na falta, porém, de legislação que autorize a utilização da arbitragem para solução de conflitos individuais do trabalho, bem como conflitos individuais e coletivos de consumo, resta competente, de forma exclusiva, a jurisdição estatal, pelos motivos acima expostos. Nas conclusões provisórias e parciais do capítulo segundo deste trabalho, apontou-se a possibilidade de criação de instâncias arbitrais pelos PROCONs ou órgãos estatais similares, a fim de atender demandas decorrentes de relações de consumo. Entende-se, entretanto, que tal possibilidade somente viabilizar-se-ia através da criação de lei específica, que, além de vincular a arbitragem ao Estado – pelas razões antes expostas, as quais não cabem neste ponto –, vincularia igualmente o procedimento arbitral às garantias processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>377</sup> Sobre o tema, consultar: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *A Nova Lei de Arbitragem e as Relações de Trabalho*.

### iii.ii. Garantias e Características da Jurisdição Arbitral

*“Eu nunca errei pontaria,  
sustento a nota segura,  
quem é homem não faz jura,  
quem jura não tem valia...  
Eu sustento a senhoria,  
garanto tudo que fiz,  
É certo, o ditado diz,  
nunca que pode isto errar:  
‘No copo que a boca entrar  
lá também entra o nariz”*

Trecho do desafio entre os cantadores Cego Aderaldo e Jaca Mole.

Câmara Cascudo. Vaqueiros e Cantadores.

Neste ponto, pretende-se comparar o tema da arbitragem em distintas legislações para, partindo-se desta análise, estabelecer um referencial que permita refletir sobre as escolhas do legislador pátrio.

Igualmente, estabelecidas as comparações sobre o tratamento destinado ao instituto da arbitragem, objetiva-se estabelecer um critério para a interpretação das garantias do juízo arbitral e do papel do Poder Judiciário na certificação do cumprimento das mesmas.

### iii.ii.i. Breves Notas Acerca da Arbitragem no Direito Estrangeiro

O tratamento do instituto da arbitragem na legislação estrangeira objetiva verificar as distintas soluções encontradas para os temas centrais da arbitragem, relacionando-as com as opções feitas pelo legislador brasileiro, algumas das quais mencionadas no item ii.i supra. O objetivo deste tópico, entretanto, não é o de esgotar o estudo do tratamento que recebe a arbitragem no direito estrangeiro. Bastante mais modesto, o seu objetivo reside em demonstrar, de maneira muito breve, como *certos pontos* da discussão acerca da arbitragem foram regulados pelas legislações de *alguns* dos países que adotam, como o Brasil, o sistema da *civil law*. Mesmo assim delimitado, pretende-se dele valer-se para questionar se a solução encontrada pelo legislador brasileiro foi, em todo caso, a mais sensata. Ainda, partindo do estudo comparativo, pretende-se estabelecer um referencial para compreensão das garantias que a jurisdição arbitral deve assumir.

**Espanha** – A disposição da arbitragem na Espanha está prevista na Ley de Arbitraje, Lei 36 de 05.12.1988. A legislação espanhola permite a utilização da arbitragem nos conflitos surgidos a respeito de matérias sobre as quais as partes tenham livre disposição (art. 1º), determinando que não poderão ser objeto de arbitragem as **matérias inseparavelmente unidas a outras sobre as quais as partes não possam dispor** (art. 2, I, b), bem como os **conflitos trabalhistas**<sup>378</sup> (art. 2, II). Embora seja silente a lei brasileira sobre o cabimento ou não do uso da arbitragem para resolução de litígios de natureza trabalhista, viu-se acima (item iii.i.ii) que a arbitragem é incompetente para o julgamento de tais conflitos, pelas razões expostas.

A lei espanhola deu idêntico tratamento à cláusula compromissória e a ao compromisso arbitral, tratando-os sob a denominação conjunta de “convenio arbitral” (art. 6). No caso da convenção de arbitragem silenciar acerca das regras a serem

---

<sup>378</sup> A Espanha prevê a possibilidade de utilização da arbitragem para resolução de conflitos coletivos de trabalho, em situação semelhante à prevista no art. 114 CFB. Fica, portanto, **excluída** a permissão para o estabelecimento de *convenção arbitral vinculante*, configurando-se a arbitragem como *mera possibilidade* a ser ou não eleita *após o surgimento do conflito* (e não quando este é apenas potencial). Ver Real Decreto-Lei 17/1977 (que regula o direito de greve), Real Decreto 2.756/1979, Lei 50/1984 e Real Decreto 530/1985.

utilizadas no procedimento arbitral, entende-se que o árbitro julgará segundo a **equidade** (art. 4) e, se a convenção arbitral recair num contrato de adesão, a validade da mesma estará condicionada às disposições legais e à **interpretação** em vigor a respeito deste tipo de contratação (art. 5, parágrafo 2º). Ainda, será nula a convenção de arbitragem que coloque uma das partes em **situação privilegiada para a designação dos árbitros** (art. 9, parágrafo 3º). A disposição espanhola no tocante aos contratos de adesão parece ter sido mais *cautelosa* no sentido de proteger o consumidor da arbitragem compulsória do que a legislação brasileira. Além disto, somada à preocupação quanto à situação privilegiada de uma das partes em relação à outra para a indicação do árbitro ou do órgão arbitral, obstaria um procedimento que vem se tornando comum no Brasil e que diz respeito aos contratos de adesão para financiamento de bens que se encontram nas lojas de departamentos que, além de estipularem a arbitragem como forma de solução de conflitos porventura provenientes daquele negócio jurídico **de forma compulsória** (pois o financiamento é vinculado a esta cláusula), **ainda determinam qual será o órgão arbitral a decidir o potencial litígio, muitas vezes em cidade distinta daquela na qual o contrato é celebrado.**

A convenção arbitral obriga as partes e torna incompetente a via judicial, a menos que as partes renunciem ao pactuado ou que a parte interessada não apresente imediatamente a oportuna exceção de incompetência do juízo estatal (art. 11).

No caso do litígio dever ser resolvido através de regras de direito, exige-se que os árbitros sejam advogados em exercício (art. 12, parágrafo 2º).

No caso de falta de competência dos árbitros, inexistência, nulidade ou caducidade da convenção arbitral, poderá a parte interessada oferecer *oposição* à arbitragem, que, se aceita pelo árbitro, será analisada pela via judicial estatal. No caso do árbitro recusar a oposição da parte, restará a via da anulação do *laudo* (designação escolhida pela legislação espanhola). A falta de competência do árbitro deverá ser examinada de ofício pelo juízo estatal (art. 23).

Tal qual na legislação brasileira, o laudo arbitral faz *coisa julgada* e contra o mesmo apenas cabe *recurso de revisão* (assemelhado à *ação anulatória* brasileira), que obedecerá às mesmas disposições da legislação processual tocantes à sentença judicial, conforme art. 37 da Ley de Arbitraje.

No caso das partes não chegarem a um acordo quanto à designação dos árbitros, o Poder Judiciário intervirá na controvérsia para formalizar a arbitragem. Entretanto, se a formalização judicial da arbitragem não proceder, seja pela recusa ou impossibilidade de um ou de todos os árbitros que hajam sido indicados pelas partes, **será competente par a resolução do conflito a via judicial estatal** (art. 38).

O rol de hipóteses que permitem a anulação do laudo inclui, entre outras, a possibilidade de anulação do mesmo quando este for proferido contra a **ordem pública** (art. 45, parágrafo 5º).

**Itália** – A arbitragem na Itália está incorporada no estatuto processual e prevista no Título VIII, *Dell'Arbitrato*, do Livro IV, *Dei Procedimenti Speciali*, do *Codice di Procedura Civile*<sup>379</sup>.

O art. 806 do CPC italiano exclui a possibilidade de constituir objeto da arbitragem as matérias que não podem ser objeto de transação entre as partes, as questões que envolvam estado e separação dos cônjuges e todas as matérias pertinentes a **controvérsias individuais de trabalho e controvérsias em matéria de previdência e assistência obrigatória**, previstas, respectivamente, nos art. 409 e 442 do mesmo diploma legal.

Entretanto, o art. 808 dispõe que a arbitragem como forma de solução de conflitos na área trabalhista pode ser pactuada, desde que prevista no contrato ou acordo coletivo de trabalho e desde que **a cláusula compromissória, sob pena de nulidade, não exclua a possibilidade das partes aderirem à autoridade judiciária**.

O diploma italiano não distinguiu os efeitos da cláusula e do compromisso arbitral. Entretanto, **“a jurisprudência dominante italiana tem abraçado a tese da verificação da vontade dos compromitentes para então atribuir ao árbitro o encargo de resolver determinada controvérsia, valorando complexamente o**

---

<sup>379</sup> A Itália conhece também o instituto da *arbitrato irrituale* (ou *libero* ou *improprio*). Este permite pronunciar um *accertamento* sobre um ponto do contrato, sem, entretanto, decidir qualquer controvérsia sobre o mesmo. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*, p. 22-23.



**pacto compromissório e aplicando as normas de hermenêutica ditadas pelo art. 1362 et seq. do CC**<sup>380</sup> (grifou-se).

Os magistrados italianos demonstraram, portanto, grande sensibilidade em relação aos problemas potenciais advindos da aplicação do princípio da autonomia da vontade das partes, eis que, conforme já se teve oportunidade de ressaltar, em certos casos, **o princípio da autonomia da vontade das partes pode levar a conseqüências que contrariam a vontade real das partes e mesmo a liberdade real das mesmas**. Assim, necessária a verificação concreta da vontade dos contraentes, à luz do disposto no art. 1362 do CCI, segundo o qual, para avaliar a intenção das partes, deve-se valorar seu comportamento inclusive posterior à conclusão do contrato.

O artigo 808 do CPC italiano determina ainda a autonomia da cláusula arbitral face ao contrato ao qual se refere, dispondo, entretanto, que a capacidade de firmar a cláusula depende da capacidade de firmar o contrato.

O art. 819 do diploma processual italiano dispõe, à semelhança do art. 25 da Lei de Arbitragem brasileira, que em caso de surgimento de questão incidental sobre a qual o juízo arbitral não possa pronunciar-se, o processo arbitral deva ser suspenso até que a jurisdição estatal a resolva.

Quando se der *conexão* entre uma demanda arbitral e outra judicial, **o juiz estatal tornar-se-á competente para o julgamento de ambas** (art. 819).

Diferente da legislação espanhola, a disciplina italiana sobre arbitragem prevê que, em falta de diferente disposição das partes, o árbitro deverá julgar de acordo com as **regras de direito** (art. 822). A Lei de Arbitragem brasileira silenciou quanto às normas a serem utilizadas na arbitragem, na falta de disposição das partes, o que leva a crer que, em falta de estipulação, o árbitro deva julgar conforme as regras de direito.

À maneira do legislador espanhol, o legislador italiano também escolheu reportar-se à decisão do árbitro como *laudo arbitral*, conferindo-lhe eficácia vinculante (art. 823).

---

<sup>380</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 57.

O art. 825 determina que o laudo arbitral seja depositado junto ao pretor da circunscrição do lugar em que a arbitragem teve sede. O pretor é o responsável pela verificação da *regularidade formal do laudo*, ou seja, por sua *homologação*, dela dependendo a **executoriedade** do mesmo. Se o pretor negar o *exequatur*, o recurso contra o ato denegatório deve dirigir-se ao tribunal local.

O laudo apenas sujeita-se à impugnação motivada por sua nulidade, revogação ou imposição de terceiros, dirigida ao tribunal estatal (art. 827). A impugnação por nulidade assemelha-se ao disposto no art. 33 do diploma brasileiro, tendo, entretanto, prazo para proposição de **um ano** (art. 828) e não apenas de 90 dias após a notificação da sentença ou laudo, como determina o diploma brasileiro.

A legislação italiana inclui entre as hipóteses de nulidade do laudo a ocorrência de disposição contraditória (art. 829, IV) e o laudo ser contrário a outro laudo precedente ou a sentença transitada em julgado entre as partes (art. 829, VIII).

Quando o tribunal pronunciar a nulidade do laudo arbitral, salvo declaração de vontade das partes em sentido contrário, deverá também se **pronunciar sobre o mérito da demanda**, se a mesma estiver em condições de ser desde logo decidida, ou então remeterá os autos ao juiz para que realize nova instrução (art. 830).

**França** – Também a França optou por inserir a legislação referente à arbitragem no corpo de seu *Nouveau Code de Procédure Civile*, de acordo com o decreto n° 81-500, de 12.05.81.

Segundo a legislação francesa, ficam excluídas da via arbitral, além daquelas que tratam do estado e da capacidade das pessoas, da separação e do divórcio, **as lides trabalhistas e todas aquelas que interessem à ordem pública**<sup>381</sup>.

Da mesma maneira que os outros diplomas analisados, também o código de processo francês igualou, quanto aos efeitos, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, tornando, no caso de celebração de um ou de outro, incompetente a jurisdição estatal. Entretanto, a referida incompetência não pode ser argüida de ofício pelo tribunal do Estado, exigindo, portanto, manifestação de uma ou de ambas as partes (art. 1458).

---

<sup>381</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 52.

À diferença da escolha dos legisladores dos países até então estudados, o legislador francês optou por designar a decisão do árbitro de *sentença arbitral* e conferiu-lhe, como nos outros diplomas, a qualidade da coisa julgada (art. 1476). O procedimento arbitral deverá reger-se pelas regras de direito, a menos que na convenção de arbitragem as partes tenham designado ao árbitro a função de *amiable compositeur* (art. 1474)<sup>382</sup>.

Para que a decisão arbitral seja compulsoriamente executada, necessário é que seja revestida de **exequatur** emanado por decisão do tribunal concedido à sentença (art. 1477).

De acordo com o art. 1482, a sentença arbitral que julga de acordo com as regras de direito **submete-se a recurso**. Somente no caso das partes haverem expressamente renunciado a ele na convenção de arbitragem é que a sentença será irrecorrível. Note-se que o legislador francês, coerente com a postura ideológica que norteia seu diploma processual<sup>383</sup>, preocupou-se com a *garantia do duplo grau de jurisdição*. A regra, portanto, é a de que a sentença arbitral sujeita-se a recurso das partes. E, naturalmente, o recurso de anulação da sentença não é passível de ser transacionado (art. 1484).

Consoante art. 1483, tanto a via recursal *tendente à reformulação da sentença arbitral* quanto aquela destinada à sua anulação, são dirigidas por um “juge d’appel”, o que significa dizer que **a via recursal dá-se na esfera da jurisdição estatal**. E, tal qual na legislação italiana, julgando nula a sentença arbitral, **competete à jurisdição do Estado decidir o mérito da controvérsia**, nos limites da missão confiada ao árbitro, desde que as partes não tenham manifestado contrariamente sua vontade (art. 1485). Da mesma forma, preocupou-se a legislação francesa em especificar, embora desnecessário, que as regras relativas ao procedimento, nos recursos para reforma ou anulação da sentença arbitral, são as mesmas que regem qualquer procedimento contencioso, não mais valendo, portanto, as regras que tenham sido estatuídas pelas partes para o procedimento arbitral (art. 1487).

---

<sup>382</sup> A expressão francesa *amiable compositeur* é de uso corrente quando se trata de arbitragem. Designa a função do árbitro de julgar através do critério da equidade, exercendo a função de compor amigavelmente a lide.

<sup>383</sup> A este respeito, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 216.

Estas observações ganham relevância para a compreensão do instituto da arbitragem no Brasil tendo em vista a idéia muito propagada entre os doutrinadores pátrios de que a competência arbitral *excluiria* qualquer possibilidade de recurso para os órgãos do Poder Judiciário, o que, como se pode ver, constitui um equívoco.

Ainda, o legislador francês, assim como o legislador italiano e o espanhol, preocupou-se também em que a obediência às regras de **ordem pública** fosse condição de validade da sentença arbitral, restando a mesma nula na hipótese de violação daquelas (art. 1484).

**Bélgica** – Da mesma forma como na França, a Bélgica optou também por inserir a regulamentação da arbitragem na sexta parte, *L'Arbitrage*, do *Code Judiciaire Belge*, através da Lei de 24.07.1972.

A Bélgica, assim como Espanha, Itália e França, exclui a possibilidade da arbitragem versar sobre litígios decorrentes de **relação de trabalho**, cuja competência para julgar é do Tribunal do Trabalho (art. 1672, II).

Igualmente, a legislação belga não diferencia a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, tratando-os como *convenção de arbitragem* (art. 1677) e dotando a mesma de autonomia em relação ao contrato de que se origina (art. 1697, II).

A arbitragem desenvolver-se-á segundo as **regras de direito**, salvo estipulação das partes em contrário (art. 1700).

O legislador belga optou pela denominação *sentença arbitral* e conferiu-lhe a autoridade da coisa julgada, desde que proferida de acordo com a **ordem pública** e de que o objeto do litígio seja passível de solução pela via da arbitragem (art. 1703).

Determina a lei belga que da sentença arbitral somente caberá recurso se a via recursal estiver prevista na convenção arbitral (art. 1703, II).

Fica ressalvada a via de *anulação da sentença arbitral* (art. 1704) quando a mesma, dentre outras hipóteses previstas, for **contrária à ordem pública** (II, a), caso em que o juiz deve anulá-la *de ofício* (art. 1707, IV), exceder a competência do tribunal arbitral (II, d), for omissa em relação a um ou mais pontos do litígio quando estes não puderem ser dissociados dos pontos decididos (II, e), **contiver disposições contraditórias** (II, j).

A sentença arbitral somente poderá ser executada compulsoriamente quando revestida do **exequatur** emanado do tribunal de primeira instância, estando o mesmo igualmente condicionado à verificação da sentença arbitral quanto à observância da ordem pública (art. 1710).

**Breves Considerações** – Revendo alguns dos pontos destacados, é possível salientar que, nos diplomas analisados, há uma preocupação universal para com a arbitragem para que a mesma não obste o acesso ao Judiciário, ou seja, para que não se transforme em instrumento de denegação de justiça.

Tal preocupação é expressa em vários pontos. Viu-se, por exemplo, que a legislação espanhola determina que não poderão ser objeto de arbitragem matérias inseparavelmente unidas a outras sobre as quais não possam dispor as partes. Esta disposição, embora não expressamente prevista na lei brasileira, compõe implicitamente a legislação arbitral pátria, como se teve oportunidade de demonstrar acima (item iii.i.ii), porque incompetente a instância arbitral para decidir sobre direitos indisponíveis, não sendo possível conciliar, nesta esfera, o tratamento conjunto de direitos disponíveis e indisponíveis.

Da mesma forma, a obediência à ordem pública é, em todos os diplomas vistos, requisito de validade do julgamento arbitral. Viu-se que, de acordo com a legislação brasileira, a esfera arbitral é incompetente para julgamento de regras de ordem pública, porque delas não dispõem livremente as partes, mas, não havendo impugnação tempestiva da via arbitral, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem, **resta a via da anulação da sentença arbitral, caso tenham sido as disposições de ordem pública desatendidas.**

Assim, portanto, acrescenta-se ao rol elencado pelo art. 32 da lei pátria, o disposto no § 1º do art. 2º do mesmo diploma, isto porque não se admite que haja violação à ordem pública. Este rol, aliás, devido a omissões não menos importantes do que esta, de hipóteses que, tal como esta, estão previstas na própria Lei de Arbitragem, embora em outros dispositivos, assume caráter **exemplificativo e não taxativo**. Embora o legislador brasileiro tenha descurado de incluir expressamente a violação aos preceitos de ordem pública como fundamento para anulação da sentença arbitral, manifestou a impossibilidade de desobediência a estes preceitos, impossibilidade que apenas pode ser assegurada abrindo-se a via de anulação da sentença.

Também a preocupação com a inserção da cláusula compromissória nos contratos de adesão foi levada a cabo, nas legislações espanhola e italiana, com intuito de que a escolha da via arbitral não se dê pela imposição de uma parte à outra, situação corriqueira em se tratando desta natureza de contratos. Tendo em vista a disposição do inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, mantida pela aprovação de subemenda supressiva proposta à emenda supressiva apresentada pelo Dep. Milton Mendes (ver item ii.i) ao então projeto da atual Lei de Arbitragem, a inserção da cláusula compromissória de forma compulsória é nula de pleno direito.

Teve-se a oportunidade de, anteriormente (item ii.iii.ii supra), demonstrar-se que há de ser verificado, pelo juiz do Estado, sempre que lhe competir o exame, se o consumidor, **de fato**, manifestou livre e conscientemente sua vontade, ou seja, gozava das informações que permitem erigir um juízo de conveniência sobre a escolha e conhecia as implicações da escolha da arbitragem como meio de solução do litígio potencial, pois a simples adesão à cláusula *não permite inferir manifestação livre de vontade*, ainda que a cláusula esteja de acordo com o parágrafo 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem (ou seja, em documento anexo ou em negrito).

Na hipótese de cláusula compromissória abusiva, a nulidade deverá ser declarada pelo juiz *ex officio* em qualquer ocasião em que lhe competir manifestar-se sobre o processo arbitral, seja, por exemplo, na execução específica da cláusula compromissória (art. 7º da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996), na ação de anulação da sentença arbitral ou na ação de embargos do devedor (art. 32 e 33 do mesmo diploma).

Há uma importante contribuição da doutrina italiana quanto ao tratamento da cláusula compromissória em contratos de adesão e que deve ser apreendida, qual seja, a de que, para avaliar a intenção das partes, deve-se levar em consideração o comportamento das mesmas inclusive posteriormente à conclusão do contrato.

Diferentemente da legislação arbitral brasileira, Itália e França optaram por conferir à jurisdição estatal, em caso de anulação da sentença arbitral (e no caso francês, mesmo na hipótese de reforma da mesma), estando o processo em condições de ser julgado e não havendo manifestação contrária das partes, competência para proferir decisão sobre o mérito da demanda, nos limites da missão confiada ao árbitro. A mesma disposição não foi assimilada pela lei brasileira,

infelizmente, pois se mostra a mesma a mais adequada ao *princípio da economia processual* e não ofende a autonomia da vontade das partes, tendo em vista que estas podem manifestar-se para manutenção do julgamento pela esfera arbitral.

O legislador francês, como se viu, preocupou-se, ainda, em tornar recorrível a sentença arbitral, como regra, cabendo às partes expressamente excluir a via recursal, se assim o desejarem. Da mesma forma, **tornou competente a jurisdição estatal para conhecer o recurso interposto à sentença arbitral.**

A compreensão de que a via arbitral não torna incompetente a via estatal é lição a ser apreendida pelos juristas pátrios, através da qual pode-se chegar à conclusão de que a lei brasileira tornou a sentença arbitral irrecorrível como regra, mas, sendo a arbitragem instituto no qual é privilegiada a autonomia da vontade das partes, *inclusive para determinar as regras do procedimento arbitral, permite que estas, na convenção de arbitragem, pactuem a via recursal, que pode, inclusive, ser a via recursal estatal.*

Como se sabe, parte da doutrina nega à jurisdição estatal competência funcional para decidir sobre o mérito de controvérsia submetida à via arbitral. Ora, demonstrou-se ter a arbitragem natureza jurisdicional (item iii.i.i), jurisdicionalidade complementar à estatal e que não ofende a unidade do poder nem soberano, nem jurisdicional. Logo, a afirmação da natureza jurisdicional da arbitragem decorre do fato de que o poder soberano, do qual decorre o poder jurisdicional – manifestação parcial da totalidade do primeiro – sendo uno, *não se fragmenta com a partilha da atividade jurisdicional entre os órgãos que a prestam*, sejam estes estatais ou não-estatais.

Assim, se não se admite fragmentação do poder jurisdicional, mas apenas a divisão, entre os órgãos jurisdicionais estatais e não-estatais, das atividades necessárias à prestação jurisdicional e, **não havendo ruptura do monopólio jurisdicional do Estado**, porque este, como se viu, não é fracionado, mas antes fortalecido pela jurisdição complementar, co-responsável pela realização dos fins desejados pelo Estado, **nada há que impeça a devolução da atividade jurisdicional aos órgãos jurisdicionais estatais**, sobretudo quando a vontade das partes manifestar-se para tanto.

Aliás, o duplo grau de jurisdição – que na arbitragem deve ser expressamente previsto – caracteriza-se justamente pela devolução da matéria objeto da demanda, o que implica, necessariamente, *transferência de competência ao juízo plural*<sup>384</sup>.

Não se trata de afirmar que as partes possam ou não vincular competência<sup>385</sup>, mas de que a escolha das partes pela solução arbitral não exclui a competência dos órgãos do Poder Judiciário para conhecer o recurso, se o mesmo estiver previsto na convenção de arbitragem. As partes, naturalmente, somente agem nos limites propostos pela lei e de acordo com a vontade estatal.

Se assim não se entendesse, nada permitiria sequer a escolha da via arbitral em detrimento da via estatal para resolução de controvérsias. Aliás, esta discussão assemelha-se àquela travada por SCHIZZEROTTO ao criticar a tese de SATTA, quanto à impossibilidade das partes investirem o árbitro de um poder do qual não dispõem. O equívoco, repete-se, consiste em crer que o poder das partes dá-se em contradição com o poder jurisdicional<sup>386</sup>. Ora, a fonte do poder jurisdicional é única tanto para os árbitros como para o juiz ordinário, como bem assinalou MORTARA<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do Duplo Grau de Jurisdição. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 193.

<sup>385</sup> “A vontade das partes, é sintomático, não pode vincular a competência”, afirma Carmona para negar competência funcional aos órgãos estatais para conhecer do recurso interposto à sentença arbitral. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 186.

<sup>386</sup> SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell’Arbitrato*, p. 27 e 32.

<sup>387</sup> MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e Delle Leggi di Procedura Civile* v. III, p. 52



### iii.ii.ii. Garantias da Jurisdição Arbitral

Ao estudarem-se as garantias da jurisdição arbitral pátria, deve-se, preliminarmente, traçar um breve panorama sobre as garantias do devido processo legal, tomando este como referencial a ser perseguido por quaisquer espécies de processos.

O devido processo legal é o princípio fundamental do processo, sobre o qual todos os demais princípios baseiam-se e que engloba, no sentido processual, o direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação, o direito a um julgamento rápido e público, o direito ao procedimento contraditório, o direito à plena igualdade entre acusação e defesa, o direito à assistência judiciária, inclusive gratuita, entre outros<sup>388</sup>.

Os princípios próprios do processo civil, derivados do devido processo legal, na Constituição Federal, são o da *igualdade*, o do *juiz natural*, o da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, o do *contraditório*, o da *publicidade dos atos processuais*, o do *duplo grau de jurisdição*, o da *motivação das decisões*<sup>389</sup> e o da *assistência judiciária*, inclusive gratuita<sup>390</sup>.

A forma de instituição da arbitragem está prevista no art. 6º da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 e dispensa as formalidades da citação judicial, exigindo-se apenas que a parte interessada comunique a outra de sua intenção, através de meio de comunicação que permita comprovação de recebimento, convocando-a a firmar o compromisso arbitral.

As demais garantias próprias ao processo arbitral estão presentes nos art. 21, § 2º, no art. 26, que dispõem, respectivamente, que deverá o procedimento arbitral respeitar os *princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento* e que entre os requisitos da sentença arbitral encontra-se, além da necessidade de relatório, do dispositivo e da indicação da data

---

<sup>388</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 30 e 39.

<sup>389</sup> NERY JR., Nelson. *Idem*, p. 41.

<sup>390</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, p.45-47.

e local em que foi preferida, o da *fundamentação da decisão do árbitro* (ou dos árbitros).

O *princípio do contraditório* deve permear todo o processo arbitral, constituindo-se como atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo<sup>391</sup>, o que implica o estabelecimento de formas efetivas de comunicação dos atos processuais arbitrais e concessão de tempo hábil à manifestação das partes<sup>392</sup>.

O contraditório permite que o processo desenvolva-se dialeticamente e que estabeleça um diálogo entre as partes e o juiz, impedindo o tratamento das mesmas como mero objeto do pronunciamento judicial:

“A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões.”<sup>393</sup>

O *princípio da motivação das decisões judiciais*, requisito obrigatório da sentença arbitral, intimamente relacionado à obrigatoriedade também do relatório e do dispositivo, considerados todos elementos necessários à sua inteligência<sup>394</sup>, compreende vários aspectos, dentre os quais inserem-se o exercício da lógica e da atividade intelectual do juiz e a legalidade das decisões. Liga-se ao princípio da motivação o princípio da independência jurídica do magistrado, segundo o qual a decisão atende à *livre convicção do julgador, desde que sejam suas razões motivadas*.

Entende-se que este princípio implique fundamentação *substancial* da sentença e não meramente formal, ou seja, o juiz deve analisar as questões propostas pelas partes e exteriorizar a base de sua decisão<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 136.

<sup>392</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 204.

<sup>393</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Idem*, p. 139.

<sup>394</sup> ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil* v. 2, p. 651.

<sup>395</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 174-175.

Sem o lastro de convencimento que explicita o raciocínio lógico e a orientação seguida para a formação do convencimento, não se tem, portanto, juízo, mas sim ato de pura arbitrariedade<sup>396</sup>.

A sentença, seja arbitral, seja estatal, deve ser fundamentada, como se demonstrou, sob pena, numa e noutra esfera, de nulidade<sup>397</sup>. Entretanto, e se a decisão, fundamentada, manifestar erro grosseiro do julgador?

Na instância estatal, fica assegurada às partes que não se conformarem com a inexatidão da sentença a via recursal. Na arbitragem, porém, em não contendo o compromisso arbitral previsão de possibilidade de recurso, restaria apenas a via da anulação da sentença.

Esta é, no entanto, reservada à hipótese de ausência da fundamentação, motivo pelo qual se afirma que “Um laudo mal fundamentado, que revele graves equívocos dos julgadores na apreciação dos fatos, não será – *ipso facto* – sujeito a anulação”<sup>398</sup>, entregando-se ao mercado o julgamento do comportamento do árbitro descurado.

Não parece, todavia, ser esta a melhor solução. Embora o mercado possa excluir o profissional incapaz da competitividade que se possa travar, isto em nada significa o respeito às garantias processuais que têm as partes para que o conflito entregue ao julgador seja submetido à apreciação adequada.

De fato, a fundamentação que se exige é de *caráter substancial*; logo, da mesma maneira como não se admite que a exposição do motivo da decisão consista em jargões como “presentes os pressupostos legais, concedo a liminar”, *tampouco admitir-se-á que esta se configure um aglomerado confuso e ilógico de fatos sem relação entre si, o que é o mesmo, no plano substancial, que uma motivação inexistente, ensejando, portanto, a decretação da **anulação da sentença arbitral***, sob pena de restarem as partes desprovidas das garantias mínimas asseguradas pelo Estado e isto não mais apenas na estrita esfera estatal, vez que foi o próprio Estado a permitir a prestação da jurisdição por outros órgãos.

---

<sup>396</sup> ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, p.43.

<sup>397</sup> Neste sentido: ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil* v. 2, p. 651-653 e NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 175-177. Este último autor é, inclusive, enfático ao asseverar a pena de nulidade à decisão não fundamentada, posição com a qual se concorda.

<sup>398</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 239.

Já a *imparcialidade* do juiz ou do árbitro é requisito de tão manifesta importância que é característica fundamental não apenas à conceituação da jurisdição, como se demonstrou no item iii.i.i. supra, mas inclusive à formação da relação processual, pois sem a imparcialidade do juiz ou do árbitro a relação processual não se forma, por ausência de elementar requisito de validade.

A determinação legal de que não podem exercer a função de árbitro aqueles que estejam comprometidos com os interesses das partes, na esfera arbitral<sup>399</sup>, é dispositivo cuja generalidade exige do juiz estatal, quando lhe competir a análise, sensibilidade e atenção para o comportamento do árbitro – ou mesmo da câmara arbitral – não apenas na estrita esfera interna do processo, mas, inclusive, num plano global.

Este zelo impõe-se com base na advertência, feita anteriormente, de que *na esfera arbitral potencializam-se as vantagens dos litigantes habituais*. Isto porque o serviço do árbitro é remunerado (e bem remunerado em alguns casos); assim, um litigante, em relação ao árbitro, pode vir a ser um cliente. O litigante habitual, portanto, além de todas as demais vantagens que possui em relação ao litigante eventual (ver item ii.ii.ii), em relação ao árbitro ou à câmara arbitral contratada, pode caracterizar-se como um **bom cliente**.

Como se afirmou acima, isto não implica necessariamente a parcialidade do árbitro, mas, se uma das partes sentir-se lesada pela postura do árbitro e tiver motivos para crer que o seu opositor teve vantagens – cuja demonstração não é fácil de ser procedida – que os puseram em posições desiguais, deverá o juiz estatal proceder com saudável desconfiança – nem exagerada, nem placidamente ingênua – para que a garantia maior do processo, a da imparcialidade, não seja violada.

O *princípio da igualdade das partes* determina que os litigantes recebam do juiz idêntico tratamento, sem o qual restaria, inclusive, prejudicada a imparcialidade do julgador em relação aos interesses das partes. Porém, hodiernamente, entende-se que “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”<sup>400</sup>. Não há nesta afirmação nenhum rompimento do princípio da imparcialidade do juiz que, em

---

<sup>399</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 205.

<sup>400</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 42.

assim agindo, limita-se tão somente a *equilibrar as partes não-paritárias, a fim de prover efetiva e substancialmente a igualdade entre as mesmas*.

O princípio da igualdade, portanto, impinge o reconhecimento de que o processo não deve ser “colocado no vácuo”, ou seja, *não deve ser pensado na perspectiva da igualdade formal e na ignorância das diferenças concretas que permeiam a técnica processual, sob pena do processo reduzir-se a mero instrumento de reafirmação das desigualdades sociais*<sup>401</sup>.

Entretanto, como anteriormente demonstrou-se, a arbitragem não proporciona instrumentos necessários ao árbitro para que este transforme a igualdade formal em igualdade substancial, permanecendo esta numa *dimensão estática*<sup>402</sup>. Esta é a razão, aliás, que conduziu à conclusão, antes explanada, de que *a arbitragem não se presta à resolução de conflitos entre desiguais*, mormente quando a lei prevê interesse público na parificação das partes, hipótese em que a arbitragem é, em todo o caso, incompetente (ver item iii.i.ii supra).

Feita a exposição das garantias do processo arbitral previstas pela Lei de Arbitragem, resta analisar outras garantias, não asseguradas explicitamente, verificando se sua incidência fica, em face da exclusão da previsão legal, afastadas da instância arbitral e se, em caso afirmativo, implicaria isto denegação de justiça.

Dentre estas, a primeira garantia processual constitucional a ser analisada é a do *juiz natural*. Segundo o princípio do juiz natural, é vedada a criação de tribunal de exceção, entendido este como tribunal “designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal”<sup>403</sup>. Ou seja, o princípio do juiz natural, garantia inerente a um Estado democrático, proíbe julgamentos de caráter *ad personam* ou *ex post facto*, assegurando a pré-constituição pela lei do tribunal (e de sua competência) a que couber o julgamento do fato posterior à previsão legal.

Tendo em vista o fato de a arbitragem constituir tribunal *ad hoc*, pode-se argüir que a mesma fere o princípio do juiz natural. Entretanto, não parece ser esta conclusão a melhor. Inicialmente, cabe salientar que o princípio do juiz natural não abrange a especialização dos tribunais, tendência própria do direito moderno (ver

<sup>401</sup> A este respeito, ver item ii.ii infra.

<sup>402</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 204-205.

<sup>403</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 64.

item i.i.iii), vez que esta corresponde à divisão da atividade jurisdicional entre os diversos órgãos que prestam jurisdição<sup>404</sup>.

Da mesma maneira, o juízo arbitral compartilha a atividade jurisdicional com o Estado, sendo aquele complementar a este. Embora o tribunal arbitral seja efetivamente *ad hoc*, tendo em vista constituir-se especificamente com o objetivo de dirimir um dado conflito entre determinadas partes, não se constitui, por isto, como tribunal de exceção.

Ora, os tribunais de exceção, inaceitáveis em qualquer regime democrático de Direito e próprios de contextos de repressão política, são instituídos *ad personam* ou *ex post facto* com o propósito exclusivo de fornecer aparência de legalidade a atos de pura força.

Poder-se-ia pensar, por outro lado, que os tribunais arbitrais, como fator de privilégio para os que, por poderem pagar por seus altos custos, gozam de justiça particular e elitista em relação à justiça pública estatal, consistiria numa espécie de **tribunal de exceção às avessas**, ou seja, num tribunal *ad hoc* que elabore suas regras não mais para reprimir o jurisdicionado que a ele submete-se, mas já ao contrário, para lhe permitir benesses a que os demais jurisdicionados não fazem jus.

Esta foi a razão pela qual adotou-se a postura de *reprimir fortemente a fetichização da justiça, reduzida à mercadoria*, como bem de consumo vulgar.

Outro princípio que não foi recebido pela legislação arbitral pátria foi o do *duplo grau de jurisdição*, que consiste no efeito da devolução, isto é, na transferência da competência para conhecer da matéria objeto da demanda pelo juízo *ad quem*, sobrepondo-se a decisão do órgão colegiado à do órgão singular<sup>405</sup>.

O fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição é de “*natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*”<sup>406</sup>. A arbitragem, esfera não-estatal, ao contrário do que pode parecer aos mais entusiastas e pelas razões antes expostas, exigiria controles ainda maiores que os dedicados ao Poder Judiciário.

---

<sup>404</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 65.

<sup>405</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do Duplo Grau de Jurisdição. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 192-193.

<sup>406</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 74.

Entretanto, o legislador brasileiro, diferentemente do francês, optou pela irrecurribilidade das decisões arbitrais, exceto nos casos em que a via recursal estiver prevista no compromisso arbitral. A este propósito já foi manifestada posição quanto à competência do Poder Judiciário para julgamento de recurso interposto à sentença arbitral, desde que haja previsão no compromisso de arbitragem neste sentido (item iii.i.ii supra).

A regra geral de irrecurribilidade das sentenças arbitrais, contudo, não fere o devido processo legal, tendo em vista que o princípio do duplo grau de jurisdição não integra necessariamente aquele princípio maior, pois que se permite “o estabelecimento de um sistema de reexame restrito sem qualquer ofensa às garantias constitucionais processuais”<sup>407</sup>.

Da mesma forma, não constitui o duplo grau de jurisdição garantia constitucional, tendo em vista que apenas a Constituição de 1824 previa expressamente este princípio. As demais Constituições brasileiras, inclusive a de 1988, limitou-se a mencionar a existência de tribunais de competência recursal. Com isto não há garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, que pode ser limitada pelo legislador infraconstitucional<sup>408</sup>.

Por outro lado, vem-se afirmando que o duplo grau pode tornar-se desserviço à tutela jurisdicional adequada, isto porque a adequação da prestação jurisdicional condiciona-se à sua *tempestividade*, pois de nada serve uma decisão que não tenha mais utilidade para a realidade para a qual foi pedida ou que, pela demora, acarrete um dano que a tutela tardia não possa compensar. Neste sentido, o duplo grau de jurisdição poderia até mesmo opor-se ao devido processo legal<sup>409</sup>.

Além disto, a intempestividade da tutela jurisdicional implica o rompimento do princípio da igualdade, vez que, ao não distribuir os ônus do tempo do processo entre as partes, onera sobremaneira o demandante<sup>410</sup>.

Por esta razão, caracterizando-se a arbitragem por seu procedimento informal em relação ao estatal e tendo na brevidade temporal uma de suas maiores

---

<sup>407</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Garantia do Duplo Grau de Jurisdição*, p. 199.

<sup>408</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 167-168.

<sup>409</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*, p. 114.

<sup>410</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição*. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 225-226.

vantagens, nada há que comprometa a adequação da tutela arbitral no tocante à generalização da irrecorribilidade das decisões nesta esfera:

“O duplo grau, que não é garantido constitucionalmente, não pode mais ser visto como um princípio fundamental de justiça, já que não é racional – quando se está consciente da necessidade de garantir ao autor uma maior tempestividade da tutela jurisdicional – admitir a sua presença em todas as causas, principalmente naquelas de “maior simplicidade” e que são beneficiadas da oralidade”<sup>411</sup>.

Quanto ao *princípio da publicidade dos atos processuais*, este significa garantia de independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz e tem a finalidade de exercer controle sobre os atos exercidos pelo juiz, não apenas *interna corporis* (como o era no duplo grau de jurisdição), mas também pela opinião pública<sup>412</sup>.

O sigilo inerente ao processo arbitral, visto comumente como uma vantagem das partes<sup>413</sup> e da própria arbitragem como meio de solução de controvérsia, avilta a publicidade dos atos processuais e, conseqüentemente, uma garantia do Estado democrático. O fato é que a ignorância dos atos e transações que se podem travar em sede arbitral, se pode constituir uma vantagem das partes, pode igualmente constituir uma desvantagem do interesse público, alheio a matérias que talvez possam lhe dizer respeito.

A *assistência judiciária e sua gratuidade*, nos casos previstos, são também corolário do devido processo legal<sup>414</sup>. Como se teve a oportunidade de demonstrar, quando se tratou do movimento pelo acesso efetivo à justiça (item ii.ii), o acesso à justiça é direito sem o qual todos os demais direitos perecem. Assim, assegurados direitos materiais sem que sejam asseguradas as necessárias e adequadas tutelas que os efetivem, reduzem-se os primeiros a mera declaração política de função simbólica.

Por esta razão a prestação jurisdicional deve ser garantida mesmo aos que não puderem arcar com seus custos, muitas vezes altos, seja na esfera estatal ou na

---

<sup>411</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 232-233.

<sup>412</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, p. 69-70.

<sup>413</sup> A publicidade dos atos processuais “(...) pode representar a não desejada divulgação de circunstâncias pessoais ou econômicas que de forma tangencial ou direta pertinem ao núcleo da disputa”. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 118.

<sup>414</sup> ROSAS, Rosas. *Direito Processual Constitucional*, p. 47-48.



arbitral. Tal gratuidade não é assegurada em sede de arbitragem, o que pode vir a acarretar hipótese de denegação de justiça.

Além disto, o procedimento arbitral permite, mas não obriga, a presença de advogado, tendo em vista a informalidade que se lhe apregoa e que, como se sabe, nem sempre corresponde à realidade, eis que certas causas submetidas à arbitragem podem ser complexas. Pode ocorrer, portanto, que uma parte esteja representada por advogado e outra, não.

Com isto retoma-se a questão sobre a utilização da arbitragem para solução de conflitos entre partes não-paritárias, reafirmando-se não ser esta instância apropriada para o julgamento desta natureza de controvérsia.

Ora, quando apenas uma das partes estiver representada por advogado e tal situação espelhar antes a desigualdade de possibilidades das mesmas do que o reflexo de escolha livre de ambas, estar-se-á frente a evidente caso de **rompimento da *par conditio*, situação que manifesta desrespeito ao princípio da igualdade das partes** e que enseja, por esta razão, anulação da sentença arbitral.

Da mesma forma, tendo havido eleição do foro arbitral e apresentando-se a situação de que uma das partes não possa arcar com as despesas da arbitragem, **nula é a convenção arbitral**, não apenas porque fundou-se em erro – pois o contraente ignorava as conseqüências da escolha –, como também porque *não é admissível permitir-se tão grosseira hipótese de denegação de justiça*, em detrimento das garantias processuais constitucionais mais caras à tradição jurídica contemporânea!

Finalmente, e na esteira do tema sobre denegação de justiça, cabe analisar o princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional estatal*, que, por sua importância, e em vista da polêmica que se trava em torno ao mesmo e ao instituto da arbitragem, merecerá atenção particularizada, no ponto iii.iii infra.

### iii.iii. A Arbitragem e a Inafastabilidade do Controle Jurisdicional Estatal

*“Também os livros são diferentes. Os de ficção abarcam um único argumento, com todas as permutações imagináveis. Os de natureza filosófica invariavelmente contêm a tese e antítese, o rigoroso pró e contra de uma doutrina. Um livro que não encerre seu contralivro é considerado incompleto.” Jorge Luis Borges. Ficções.*

Depois de analisada a natureza jurisdicional da arbitragem e os limites de sua competência, resta analisar se a mesma implica, em alguma hipótese, denegação de prestação jurisdicional por parte do Estado.

Para tanto, verificar-se-á, inicialmente, resgatando-se as teorias privatistas e publicistas da ação e do processo, antes revisitadas, se o instituto da arbitragem representa retorno a estas já superadas teorias.

Posteriormente, indagar-se-á se é possível haver renúncia válida à jurisdição estatal, e, seguindo-se à primeira indagação, questionar-se-á se o instituto da arbitragem implica renúncia à jurisdição estatal, fundamentando-se as respostas com base nas conclusões parciais às quais se chegou no decurso deste trabalho.

### **iii.iii.i. Arbitragem: Retorno às Teorias Privatistas da Ação e do Processo?**

Demonstrou-se que a arbitragem possui natureza pública não-estatal e que possui caráter jurisdicional, complementar à jurisdição prestada pelo Estado. Viu-se, também, que o poder soberano do Estado, do qual decorre o poder jurisdicional, não se fragmenta com a partilha da atividade jurisdicional, mas, ao contrário, tendo em vista a assunção parcial dos propósitos do Estado pela sociedade civil – de quem emana o poder soberano –, se fortalece.

Ora, pode-se ser levado a crer que, em reconhecendo a natureza pública e jurisdicional da arbitragem, reste despiciendo o questionamento acerca da denegação da prestação jurisdicional.

Entretanto, um resultado não conduz ao outro necessariamente, como se demonstrará. Quando se estudou o limite de atuação da arbitragem, bem como a necessária atuação do Poder Judiciário para certificação do cumprimento das garantias inerentes ao regular desenvolvimento do processo, seja ele estatal ou extra-estatal, viu-se que, se a arbitragem tem natureza jurisdicional *complementar* à estatal, isto significa justamente que o Estado permanece sendo o centro da atuação jurisdicional.

Enfim, a pergunta cuja resposta se deve buscar pode ser assim formulada: é possível haver renúncia válida à jurisdição estatal, ou, ao contrário, permanece a obrigatoriedade do controle jurisdicional a ser prestado pelo Estado, mesmo nas hipóteses em que o litígio, passível de ser submetido à esfera arbitral, a ela foi submetido pelas partes?

A resposta à questão elaborada exige, inicialmente, retomar-se as análises feitas anteriormente sobre as teorias publicistas e privatistas da ação e do processo, *verificando se há, na interpretação que se dá à arbitragem, uma atualização destas teorias*, consideradas superadas, quanto à jurisdição estatal, pelos processualistas.

No primeiro capítulo deste trabalho (item i.iii.i), demonstrou-se que a teoria civilista da ação tinha como pressuposto *a imanência do direito de ação ao direito*

*subjetivo material*, considerando-se a ação seria o estado de defesa de que se reveste o direito ao ser lesado, uma *reação* do próprio direito, portanto.

Rechaçava-se a idéia de que a ação fosse ela própria um direito, com o que se chegava à conclusão de que *a natureza da ação seria idêntica à natureza da obrigação inadimplida e a relação entre o demandante e o demandado equiparar-se-ia à do credor e devedor*.

Da mesma forma, viu-se que nos séculos XVIII e XIX os autores vislumbravam *o processo como um negócio jurídico entre as partes, que tinha por fundamento a vontade comum de ambos em submeter-se à decisão judicial*, equiparando o vínculo entre as partes de um processo a um negócio jurídico de caráter privado que tinha por objeto o acordo de vontades para submeter-se espontaneamente à decisão judicial.

A primeira tentativa de superação da Teoria do Processo como Contrato, a Teoria do Processo como Quase-Contrato, avançava em relação à teoria anterior apenas quanto à aceitação do fato de que o demandado obrigava-se a assumir as conseqüências da decisão ainda que dela discordasse ou a ela se contrapusesse, mas insistia em ver na vontade das partes, e não na lei, o fundamento dos direitos e deveres na esfera processual.

Escapava ao campo de visão dos juristas da época que – com a formação do monopólio jurisdicional estatal, a vedação da autotutela e a imposição da presença do Estado na qualidade de terceiro imparcial apto a dirimir o conflito – a ação não poderia estabelecer-se apenas entre o demandante e o demandado, distanciando-se largamente da relação entre credor e devedor.

Não se reconhecia, portanto, um *direito à assistência estatal* **distinto** do *direito material alegado*.

Viu-se, também, que a partir da polêmica WINDSCHEID-MUTHER a teoria processual adotou sem reservas o entendimento, quanto à jurisdição do Estado, de que o direito de acionar é direito à **assistência estatal, que não integra o direito material discutido, mas o direito processual**, pertencente ao campo do **direito público**, vez que se dirige contra o Estado, obrigado em relação ao cumprimento da jurisdição.

Igualmente, a partir da contribuição de BÜLOW pôde-se compreender que o processo encerra uma *relação jurídica*, entre as partes e o Estado-juiz, e que esta relação tem *caráter público*, pertence ao campo do *direito processual* e que é progressiva ou contínua. Ainda que sejam opostas várias e distintas críticas a esta teoria e que existam teorias outras que expliquem a natureza jurídica do processo igualmente respeitáveis, é unânime a consideração da importância da obra do célebre processualista, pois é com ela que se abandona qualquer idéia remanescente da vontade das partes ou acordo das partes como fundamento do processo.

Feito este breve resgate das concepções públicas e privadas da ação e do processo, estudadas no item i.iii supra, pretende-se verificar se o instituto da arbitragem pode representar, de alguma forma, uma atualização das mesmas.

Ora, um argumento quase uníssono dos autores que escrevem sobre a arbitragem, ao negar a hipótese de que a mesma incorra em inconstitucionalidade – ao afastar a via estatal para resolução do conflito, nos casos em que as partes tenham elegido a via arbitral –, consiste na tese de que, *vez que a arbitragem versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, esfera na qual pode haver inclusive a renúncia ao direito material, nada há que impeça as partes a renunciar à jurisdição estatal*, pois se se pode renunciar ao direito, pode-se igualmente renunciar à sua proteção pelo Estado:

“A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória, caso em que impediria o acesso ao Judiciário, violando, assim, o direito fundamental que o assegura. Em outras palavras, a arbitragem importa apenas a **renúncia circunstancial**, em um caso concreto (...). Ora, se o titular do direito pode renunciar ao direito (princípio da autonomia da vontade), com maior razão pode renunciar ao seu exercício eventual por intermédio do Judiciário. **Aplica-se ao caso o princípio lógico dos poderes implícitos: quem pode o mais (renunciar ao direito) pode o menos (renunciar a uma forma de exercício do direito).**”<sup>415</sup> (grifou-se)

Da mesma maneira:

“Si una persona – en una esfera de libertad y autonomía de voluntad – *puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza*”<sup>416</sup>. (grifou-se)

Igualmente:

<sup>415</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem: Uma Avaliação Crítica*, p. 29-30.

<sup>416</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje: Su Eficacia Como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*, p. 117.

“Vê-se, desta feita, sem maiores dificuldades, que a cláusula arbitral, assim como o compromisso arbitral e a conseqüente instituição do juízo arbitral, não ultrapassam o limite da mera facultatividade fundada em direito obrigacional, em que as partes, por contrato, subtraem o conhecimento da lide que tem por objeto direito patrimonial disponível à apreciação do Estado-juiz”<sup>417</sup>

As citações acima se justificam para o fim de demonstrar que parte considerável da literatura especializada assimilou a idéia de que, como a arbitragem refere-se apenas a direitos patrimoniais disponíveis, direitos cuja esfera de liberdade e autonomia da vontade são amplas, podendo as partes inclusive **renunciar ao direito subjetivo material**, nada impediria que as mesmas pudessem também **renunciar** - ou afastar<sup>418</sup> – **à jurisdição do Estado**.

*Ora, não é difícil perceber que a tese de que a possibilidade de renúncia ao direito material implique, como conseqüência, a possibilidade de renúncia ao direito de ação que vise a proteger àquele direito material decorre do mesmo pressuposto, superado há muito, de imanência do direito de ação ao direito subjetivo material, de que o direito de ação segue o direito material, de que, enfim, a natureza da ação seria idêntica à natureza da obrigação inadimplida e a relação entre o demandante e o demandado equiparar-se-ia à do credor e devedor.*

Da mesma forma, tem-se que com o privilegiamento da autonomia da vontade das partes pretende-se fazer crer que as partes, sobretudo a demandada, vão aderir ao processo arbitral de espontânea vontade, pelo simples fato de terem elegido, no momento em que firmaram o contrato sobre a obrigação principal (ou posteriormente, no caso do compromisso arbitral), o foro arbitral, fazendo revolver as ultrapassadas teorias contratualistas do processo.

O equívoco de tal pressuposição – a da vontade livre em aderir ao processo, ainda que como demandado – reside precipuamente no fato de que o demandado não necessariamente adere de livre vontade ao processo. Tanto assim que no caso de o demandado não aceitar integrar a relação jurídica processual arbitral, é obrigado a fazê-lo, não mais em razão da autonomia da vontade, mas já através da

---

<sup>417</sup> FIGUEIRA JR., Joel. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, p. 162.

<sup>418</sup> Por outro lado, não poucos autores negam a hipótese de que a arbitragem, mesmo afastando a via estatal para **cognição originária da lide**, implique renúncia à jurisdição estatal, tese que será analisada adiante.

autoridade estatal, que substitui a vontade da parte em caso de execução específica da cláusula compromissória.

Logo, não é correta a afirmação de que as partes integram o processo livremente, assim como aderem a um contrato e, aliás, exatamente quando aderem a um contrato, o que expressa, novamente, **a confusão entre a convenção de arbitragem e o procedimento arbitral em si.**

A conclusão a qual se pode chegar é a de que a arbitragem tem recebido interpretação similar àquelas próprias da teoria civilista da ação e da teoria contratualista do processo, o que se deve, possivelmente, ao fato de ser a arbitragem instituto no qual a vontade das partes é privilegiada. Entretanto, como se demonstrou, a vontade das partes pode determinar regras porque assim o Estado quis e consentiu, razão que determinou, entre outras, a conclusão, antes exarada, de que possui a arbitragem natureza pública, e não privada.

Ainda que, em razão da autonomia da vontade das partes, privilegiada na esfera arbitral, existam peculiaridades do processo arbitral em relação ao processo estatal, não parece correto inferir que é a natureza do direito material que determina a natureza do direito processual de ação, ou, muito menos, que, em se podendo renunciar o direito material, possa-se igualmente renunciar ao direito processual de ação!

Desde que se vislumbrou a esfera de autonomia própria ao direito processual, à ação e ao processo, em relação ao direito subjetivo material que se discute neste último, não se tolera mais tal equiparação. E o mesmo vale para o processo arbitral, ainda que resguardadas suas peculiaridades.

**Bem se sabe que em nosso ordenamento jurídico é inadmissível a renúncia ao direito subjetivo público de ação<sup>419</sup>**, embora seja possível a renúncia ao direito subjetivo material disponível. É possível a desistência da ação, que se distancia largamente da renúncia, não apenas porque a desistência não pode jamais ser prévia à ação, ou seja, abstrata; mas também quanto aos seus efeitos, pois, havendo a desistência da ação, no curso de um processo, o julgamento dá-se sem exame do mérito, o que significa a garantia de que aquele mesmo direito subjetivo

---

<sup>419</sup> A respeito do direito de ação como direito subjetivo público, consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil*, p. 69-78 e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 90-141.

material alegado possa ser rediscutido em outro processo, o que naturalmente não pode ocorrer em caso de renúncia ao direito material.

O que se deve concluir, portanto, é que *o direito subjetivo público de ação não é “o menos” em relação ao direito subjetivo material*, tido por “mais”. Antes o contrário, ao estabelecer-se uma hierarquia entre estes tipos de direitos, *não é difícil perceber que o direito subjetivo público de ação ocupa posição mais elevada do que o direito subjetivo material*, porque, embora o primeiro destine-se a efetivar o segundo, *representa uma garantia e uma obrigação do Estado frente ao cidadão*.

Retomando-se as concepções privadas de ação e de processo, poder-se-ia argumentar, por outro lado, que as teorias imanentistas e contratualistas fundavam-se na ignorância de que o poder jurisdicional impunha-se, a despeito da vontade das partes envolvidas numa relação jurídico-processual. Sua inadequação consistia em não vislumbrar a obrigação do Estado de prestação jurisdicional, devida em face da proibição da autotutela, imposta pelo próprio Estado.

No caso do instituto da arbitragem, entretanto, ter-se-ia justamente o contrário, ou seja, a concessão do Estado para que os conflitos possam ser resolvidos sem sua interferência, o que, embora não implique aceitação da autotutela – vez que a arbitragem é meio heterônomo de solução de conflitos –, acarretaria a desobrigação do Estado, nos casos específicos em que as lides tenham sido submetidas à resolução pela via arbitral.

Entretanto, ainda que a arbitragem constitua-se pela *vontade das partes fundada na lei*, isto não significa que é a vontade das partes que determina, isolada, o procedimento. Tanto assim que a ninguém interessa uma convenção de arbitragem baseada na mais inequívoca vontade se àquela não forem conferidos meios executórios capazes de assegurar o cumprimento da sentença arbitral, ou seja, de nada serve a arbitragem se o Estado não lhe assegure intervenção, sempre que for necessário. Vê-se, portanto, que não se trata em hipótese alguma de desobrigação ou ausência de interferência do Estado em relação aos jurisdicionados.



Logo, não se pode pretender adequar a arbitragem<sup>420</sup> às superadas teorias imanentistas e contratualistas da ação e do processo. **Assim, torna-se possível afirmar que, não sendo a natureza do direito de ação condicionada pela natureza do direito material, não podendo o primeiro ser disponível mesmo quando o segundo o seja, nem tampouco se admitindo que o processo arbitral baseie-se apenas na vontade das partes, resguardado sempre da interferência do Estado, conclui-se, finalmente, que *não há renúncia possível da jurisdição*, seja circunstancial, seja definitiva.**

Porém, poder-se-ia ainda afirmar que da arbitragem não resulta renúncia da jurisdição estatal, mas seu *mero afastamento para a cognição originária da lide*, vez que se torna incompetente para o julgamento de demanda que tenha sido destinada à via arbitral. *De qualquer sorte, o exame jurisdicional pelo Estado dar-se-ia sempre que este fosse chamado a intervir na controvérsia em qualquer uma das hipóteses em que isto é possível, destacando-se sobremaneira a via da anulação da sentença arbitral.*

Há que se concordar, entretanto, que, nesta hipótese, não há apreciação – ao menos originariamente – da demanda pelos órgãos judiciais, mas apenas – ou predominantemente, se se aceitar a competência da via estatal para julgamento de recurso interposto à sentença arbitral – o controle de validade dos atos praticados na esfera da arbitragem.

Então, tendo em vista a resposta negativa dada à pergunta antes elaborada, qual seja, se era possível haver renúncia válida da jurisdição estatal, deve seguir-se outra indagação, relativa à *possibilidade de implicar a arbitragem renúncia à jurisdição estatal, ou, formulada de outra maneira, se o controle jurisdicional estatal implica a cognição originária da lide.*

---

<sup>420</sup> Importante dizer que esta adequação, buscada por parte não insignificante da doutrina especializada, não se faz de forma explícita, mas, como foi demonstrado, realiza-se sem que lhe sejam dados nomes.

### iii.iii.ii. Arbitragem e Controle Jurisdicional Estatal

Demonstrou-se acima que à indagação sobre a validade da renúncia à jurisdição estatal deve seguir-se outro questionamento, que diz respeito à jurisdição estatal implicar a cognição originária da lide, caso em que da arbitragem resultaria denegação da jurisdição estatal, ou se a mesma pode efetivar-se através do mero controle de validade dos atos processuais praticados na esfera arbitral.

Poder-se-ia pensar que, reconhecida a jurisdicionalidade da arbitragem, reste indiferente saber se é a mesma prestada por órgãos judiciais estatais ou por instância arbitral. Entretanto, tal simplificação mostrar-se-ia, equivocada, seja em razão da obrigatoriedade imposta ao Estado de prestar a jurisdição, seja porque, em virtude de ser a jurisdição estatal irrenunciável pela vontade das partes, como acima se demonstrou, restar inaceitável a idéia da **substituição** da jurisdição estatal pela jurisdição arbitral.

Ora, ao tratar-se da jurisdicionalidade da arbitragem e dos limites de sua atuação, viu-se que, em vista do monopólio do poder jurisdicional pelo Estado, só pode haver prestação jurisdicional por órgãos não-estatais se, com isto, o poder jurisdicional não sofrer fracionamento, mas sim fortalecimento, possível pela responsabilização da sociedade civil pela realização dos fins do Estado. Assim, uma condição elementar ao reconhecimento da jurisdicionalidade da arbitragem é a compreensão de sua natureza **complementar**, e **nunca concorrente**, à jurisdição estatal, o que **significa que a prestação da atividade jurisdicional por meio da arbitragem não pode, em nenhuma hipótese, implicar denegação da prestação jurisdicional estatal!**

Feito este esclarecimento, retorna-se à questão de saber se a prestação jurisdicional estatal implica a cognição originária da lide ou se a mesma manifesta-se igualmente nos atos de controle de validade dos atos processuais arbitrais exercido pelos órgãos judiciais estatais.

Com a expressão *cognição originária da lide* quer-se expressar a competência originária para conhecer, e conseqüentemente, para decidir a lide.

Comumente diz-se que a arbitragem subtrai a cognição da lide dos órgãos judiciários. Como, porém, compete ao Poder Judiciário exercer o controle de validade dos atos processuais arbitrais, tem-se, portanto, sua *competência para conhecer a lide, que, entretanto, não é originária*, visto que compete originariamente à esfera arbitral conhecer e decidir o litígio posto aos seus auspícios.

Por esta razão, optou-se por afirmar que os órgãos jurisdicionais estatais tiveram subtraída a *cognição originária da lide* submetida à resolução pela via arbitral, e não que tiveram subtraída a cognição da lide, o que permitiria inferir a exclusão absoluta da competência do Poder Judiciário para conhecer, em qualquer circunstância, o litígio. Tal inferência mostrar-se-ia de todo indesejável, pois, caso aos órgãos judiciários não competisse o conhecimento da lide em nenhum momento, notória seria a exclusão – e portanto denegação – do controle jurisdicional pelo Estado.

É certo, porém, que o Estado-juiz, nas hipóteses previstas pela própria Lei de Arbitragem, destacada a via de anulação da sentença arbitral, conhecerá a lide originariamente submetida à apreciação arbitral, garantindo assim a validade da última, sendo igualmente certo; ainda, que se trata de *cognição posterior*<sup>421</sup> à realizada pela via arbitral.

Poder-se-ia questionar se o controle de validade dos atos arbitrais, exercido pela esfera jurisdicional estatal implica cognição da lide, visto que é comum a afirmação de que compete à autoridade estatal tão-somente *controle formal* dos atos praticados em seara arbitral.

Já se teve a oportunidade de demonstrar, todavia, que a presença do Estado-juiz não pode ser meramente formal ou simbólica, mas, exatamente ao contrário, a atuação do juiz deve ser **efetiva**, a fim de assegurar o respeito às garantias a quem fazem jus as partes de um processo, seja ele estatal ou arbitral.

Assim, se a cognição da lide significa o conhecimento de todas as questões ligadas direta ou indiretamente ao conflito objeto da demanda, claro é que não é

---

<sup>421</sup> A expressão *cognição posterior*, usada na falta de outra mais adequada, não necessariamente adquire feição temporal, visto que é possível, em algumas hipóteses, como a da execução da cláusula compromissória, ser a cognição pelos órgãos judiciais anterior à cognição da lide pela instância arbitral. Assim, com ela pretende-se designar que a cognição da lide pelos órgãos judiciais é garantida e prevista, mas para efetuar, sobretudo, o controle de validade dos atos processuais praticados em esfera da arbitragem, a qual dispõe originariamente da competência de conhecer e decidir a lide.

possível realizarem-se os controles do processo arbitral pelo Estado-juiz sem que haja cognição da lide. Já se disse que no mérito incluem-se todas as questões que, de alguma forma, relacionem-se ao conflito de interesses submetido ao conhecimento do juiz (ou do árbitro)<sup>422</sup>.

Assim é que, por exemplo, para que o órgão jurisdicional do Estado verifique se a sentença arbitral foi *ultra*, *infra* ou *extra petita* (incisos IV e V do art. 32 da LArb), necessário é que conheça a lide submetida a julgamento, a fim de analisar-lhe os limites. Em realidade, as únicas hipóteses de anulação da sentença arbitral que poderiam permitir mero controle formal por parte do juiz seriam a fundada na omissão do inciso IV do art. 26 da Lei, que considera requisito obrigatório da sentença arbitral a indicação de data e lugar em que foi proferida (inciso III do art. 32), e a fundada na expiração do prazo (inciso VII do mesmo dispositivo).

Parece, portanto, ser adequado afirmar-se que o controle da validade do processo arbitral exercido pelos órgãos estatais implica cognição da lide, não de forma originária, mas posterior.

Assim, retomando-se a indagação proposta no início deste tópico, deve-se saber se a prestação da jurisdição pelo Estado implica a cognição originária da lide, ou se se manifesta também no controle de validade dos atos processuais praticados na esfera arbitral.

Ora, por tudo o que acima foi exposto, pode-se, desde logo, inferir que, em havendo a garantia de *cognição posterior da lide* pelos órgãos do Poder Judiciário, não há que se falar em denegação de prestação jurisdicional pelo Estado. A arbitragem não exclui a jurisdição estatal, porque não lhe exclui a cognição da lide. O que é possível afirmar é que com a arbitragem acresce-se um critério entre os elencados na divisão funcional de competência <sup>423</sup>.

Portanto, se a função primária específica dos órgãos de 1º grau é julgar as ações, ao passo que a função primária específica dos órgãos de 2º e 3º graus é julgar os recursos, havendo, entretanto, exceções, pelas quais poderá competir a um

---

<sup>422</sup> A respeito do conceito de *mérito*, consulte-se a interessante crítica à imposição de condições à ação, adotada pelo estatuto processual pátrio, cuja verificação implica a análise do mérito da controvérsia. Ver: GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*, p. 112-128.

<sup>423</sup> “o critério *funcional* serve de base para a divisão de cada justiça em órgãos de tipos diferentes, chamando-se critério funcional, justamente, porque cada tipo de órgão tem uma função *primária específica*” ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do processo*, p. 162-163.

órgão de 2º grau conhecer originariamente certas ações<sup>424</sup>, pode-se dizer que a arbitragem insere aos critérios de organização da competência funcional a possibilidade de que um órgão de 1º grau conheça a lide, submetida originariamente à esfera arbitral, com a função de verificar-lhe a validade, o que, não implicando competência recursal (ainda que, como se disse, possa vir a implicar), designou-se, à falta de melhor expressão, *competência posterior*.

Assim, portanto, conclui-se que 1. não é possível haver renúncia válida da jurisdição estatal; 2. a arbitragem não implica renúncia à prestação jurisdicional pelo Estado, mas acarreta tão-somente a postergação do conhecimento da lide<sup>425</sup> pelos órgãos judiciários.

Esta demonstração – de que a arbitragem não afasta ou subtrai o conhecimento da lide – presta-se a reforçar a necessidade, defendida ao longo deste trabalho, de que a atuação do Estado-juiz, sempre que lhe competir a análise, deva ser ativa e participativa, cabendo-lhe verificar *não apenas formalmente* se estão presentes os requisitos da sentença e do processo arbitral, mas, de forma especial, se as partes gozaram das garantias a que fazem jus e sem as quais não há verdadeiro processo, mas apenas sua *aparência*.

Assim, com a constatação de que a arbitragem não acarreta denegação de prestação jurisdicional pelo Estado, tem-se a reafirmação da necessidade de que sejam fixados os limites de atuação da arbitragem, competindo exclusivamente ao Estado a resolução de conflitos decorrentes de relações jurídicas em cuja esfera haja, material ou processualmente, predomínio de normas de ordem pública, cujo caráter impositivo e cogente determina a incompetência da via arbitral.

Da mesma forma, reafirma o necessário controle do cumprimento dos princípios processuais constitucionais, destacando-se a fundamentação substancial da sentença arbitral, o contraditório efetivo possibilitado às partes, a igualdade entre as mesmas – o que pode vir mesmo a acarretar afastamento da via arbitral, quando uma das partes não dispuser dos mesmos meios materiais do que a outra para defender seus argumentos, sofrendo com isto prejuízos que não podem ser equilibrados na esfera arbitral –, a imparcialidade do árbitro, levando-se em

---

<sup>424</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Idem*, p. 164.

<sup>425</sup> Que é, em todo caso, uma garantia à disposição das partes e não requisito obrigatório, tendo em vista a dispensa da homologação da sentença arbitral.

consideração, para tanto, os riscos que a litigância habitual de uma das partes pode vir a oferecer à imparcialidade e, enfim, fortalecendo a tese de que os controles estatais sejam efetivos.

Também a tese antes proposta, sobre a competência dos órgãos do Poder Judiciário para conhecer o recurso interposto à sentença arbitral, desde que esteja esta via prevista na convenção de arbitragem, fortalece-se. Ora, se há a competência dos órgãos judiciais para conhecer a lide originariamente submetida à arbitragem, para o fim de verificação da validade do processo e da sentença arbitral, nada mais lógico do que esta competência exista também para a função de conhecer o recurso interposto à sentença arbitral, ao contrário do que imagina parte considerável da doutrina pátria, apesar das experiências educativas de outros ordenamentos jurídicos<sup>426</sup>.

Não se pretendeu, com esta breve rememoração de algumas posições antes adotadas, retomar as teses antes propostas, mas apenas complementá-las com a demonstração de que a arbitragem não implica denegação de jurisdição estatal; pois, se não há que se falar, de um lado, em denegação da prestação jurisdicional estatal, de outro, tem-se uma maior implicação do próprio Judiciário com a atividade jurisdicional exercida fora da estrita esfera estatal, ***competindo-lhe zelar para que o processo arbitral configure verdadeira prestação jurisdicional, e não sua mera aparência***, caso que, aí sim, poder-se-ia falar em denegação de justiça.

---

<sup>426</sup> A respeito da competência do Poder Judiciário para apreciar o recurso interposto à sentença arbitral, ver item iii.ii.i., sobre o tratamento da arbitragem na legislação estrangeira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estruturação da racionalidade jurídico-formal determinou, de um lado, a formação do monopólio jurisdicional pelo Estado, e, de outro, o desenvolvimento das qualidades formais do Direito. A formalidade jurídica veio a atender aos anseios do *imperium* quanto à ampliação da esfera de poder do príncipe – condicionada à capacidade para formular e impor ordens – e aos anseios da burguesia, a quem interessavam previsão e cálculo, somente possíveis através de estruturas jurídicas formais e calcadas em regras claras. Da mesma forma, também aos política e economicamente dominados interessava a formalidade jurídica, vez que esta representava óbice ao arbítrio, político e econômico.

O processo através do qual a racionalidade jurídica adquiriu o selo formal que lhe é próprio foi marcado pela não-linearidade, decorrente da tensão inesgotável entre as racionalidades material e formal, cuja expressão designa, inclusive, a tensão entre as distintas racionalidades materiais conflitantes. O processo de informalização é, portanto, inerente à racionalidade jurídico-formal.

Assim, as hodiernas tendências de informalização do Direito são mais uma etapa a integrar o processo de racionalização jurídica, apontadas desde os primórdios da formação do Direito moderno, tendente à especialização e flexibilização.

A globalização econômica de caráter neoliberal, entretanto, veio a instigar e potencializar estas tendências, visto que a mesma impõe crescente deslegalização e desconstitucionalização dos direitos, a fim de limitar a atuação positiva do Estado e a limitar sobremaneira suas intervenções de caráter protetivo. A anomia do Estado frente às necessidades sociais que não se compatibilizam com as do mercado possibilita-se, assim, pela relativização de princípios e categorias jurídicas que se dá à margem das estruturas jurídicas e dos procedimentos democráticos. Por outro lado, se a desterritorialização das relações políticas e sociais determina a fragilização do conceito de soberania, o *Estado permanece sendo o espaço para o qual se dirigem as demandas de caráter social e político.*

A flexibilização, em nível do Poder Judiciário, determina que este deixe de ser a instância prioritária de resolução de conflitos decorrentes de controvérsias mercantis internacionais, legadas à esfera da mediação e da arbitragem, com a substituição das regras de direito positivo pelas regras da *lex mercatoria*. Tem-se, portanto, determinada pela necessidade de fluidez negocial, a inversão das premissas da previsibilidade e calculabilidade, antes necessárias.

Assim, a informalização do Direito é impulsionada, preponderantemente, pelas necessidades de um mercado crescentemente excludente e desumano. Por outro lado, o Estado, no cumprimento das prestações às quais se obrigou, não vêm demonstrando atuação nem mesmo razoavelmente satisfatória. A crítica à atuação do Estado, portanto, desmembra-se em duas. A primeira, oferecida pelos interessados na agilidade do mercado e na estrita intervenção do Estado voltada apenas à consecução dos interesses econômicos dos grupos organizados; a segunda, dirigida ao núcleo patrimonialista do Estado, responsável pela privatização do espaço estatal, e calcada na exigência de verdadeira *publicização* das esferas públicas estatais.

Neste contexto, intensifica-se a necessidade de compreensão do Estado e do Direito em suas acepções ampliadas. O Estado e seu caráter de classe expressam-se através da articulação entre os aparelhos repressivos e os aparelhos privados de hegemonia, achando-se o equilíbrio entre a sociedade política e a sociedade civil determinado pela relação de forças políticas. Por isto afirmar-se que Estado e Direito concentram relações de força, ainda que assimetricamente, permite resgatar as esferas estatal e jurídica como privilegiadas a realizar a síntese dos interesses comuns.

Na esfera jurídica, especificamente, o reconhecimento de que os equilíbrios entre os interesses da classe fundamental e os das classes subordinadas formam-se e superam-se no âmbito da lei, torna o Direito, superando-se a perspectiva meramente repressiva do fenômeno jurídico, referencial para onde se apontam pautas emancipatórias de grupos mais e menos organizados.

Assim, tomando-se a dubiedade de que se reveste à tendência informalizadora do Direito e partindo-se da constatação de que a informalização jurídica vem sendo impulsionada sobretudo pelos grupos organizados em torno ao mercado, que impõe, como se disse, à revelia de quaisquer procedimentos



democráticos, a deslegalização, a desconstitucionalização, a desestatização das esferas de resolução de conflitos, é necessário saber se a arbitragem, como expressão da informalização do Direito, pode atender, além das necessidades das classes dirigentes, as exigências de publicização do Estado, através da democratização da justiça.

Dentre as iniciativas teóricas e políticas de democratização da justiça, destaca-se o movimento pelo acesso à justiça, voltado à consecução dos direitos garantidos e reiteradamente denegados tanto aos pobres quanto aos grupos desorganizados. Este movimento trouxe, entre outras significativas contribuições, a perspectiva de que o processo não pode ser posto no vácuo, não pode ignorar a realidade das partes que a ele submetem-se e, especialmente, não pode ignorar as diferenças concretas entre as partes, sob o manto da igualdade formal, sob pena de reduzir-se a instrumento de reafirmação das desigualdades sociais.

O movimento do acesso à justiça apontou para a necessidade de reformas endoprocessuais e extraprocessuais, abarcadas por três ondas renovatórias. A primeira e segunda ondas tratavam, respectivamente, da assistência jurídica aos pobres e da proteção jurídica aos interesses transindividuais. A terceira onda renovatória proposta incluía, além da necessidade de revisão dos instrumentos processuais postos à disposição das partes, a fim de tornar os direitos materiais efetivos, a necessidade de estimular as vias alternativas à jurisdição estatal, a fim de desafogar a demanda do Poder Judiciário e de oferecer, complementarmente à justiça do Estado, meios informais, rápidos e baratos de solução de conflitos.

O estímulo às vias alternativas à jurisdição estatal mostrou-se, entretanto, desde logo, dúbia, pois, como bem afirmou CAPPELLETTI, cada uma das opções posta à jurisdição estatal cria e resolve, a um só tempo, problemas de acesso à justiça. Afinal, não se pode inferir que uma causa que envolva valor econômico reduzido seja uma causa simples, que possa ser resolvida informalmente e à margem dos procedimentos e das garantias próprias ao processo judicial estatal. Além disto, a arbitragem costuma ter custos elevados, o que por si só constitui um sério entrave ao acesso à justiça. Da mesma maneira, as vantagens do litigante habitual, em sede da arbitragem, potencializam-se, vez que, em sendo os serviços da arbitragem remunerados, a relação entre o árbitro e a parte pode vir a constituir-se como relação comercial.

Por outro lado, a viabilização da arbitragem para solução de conflitos entre grupos sócio-econômico parificáveis – mas não apenas na restrita esfera intraclasses dominante – pode vir a possibilitar, através da descentralização dos processos decisórios estatais, *maior participação popular* – e conseqüente educação para a participação – na administração da justiça, diminuindo a distância entre a solução e o conflito. Assim, voltada a promover o Direito entre os iguais, a arbitragem mostra sua feição pública, ampliando o espaço de discussão e de determinação de interesses comuns, afastando-se das leituras que vêm na arbitragem justiça elitista e privilegiada, hipótese em que a arbitragem afigurar-se-ia como verdadeira denegação de justiça aos não privilegiados.

A arbitragem, portanto, impõe ao Estado, assim como outros espaços públicos não-estatais, a necessidade de compartilhar o poder decisório, publicizando-se, e a necessidade de permanecer apto a realizar a síntese dos interesses particulares em interesse comum; impõe, enfim, uma dupla publicização do Estado.

Por outro lado, a arbitragem mostra-se inadequada para resolução de controvérsias entre desiguais. Isto porque a arbitragem, tendo em vista a informalização das garantias processuais, deteriora a posição jurídica da parte mais fraca, mostrando-se incapaz de tornar o princípio da igualdade formal em igualdade real. Além disto, mesmo em caso de acordos ou resultados vantajosos para a parte frágil, a solução alcançada no caso concreto, ausente a mediação estatal, perderia sua capacidade de universalização, encerrando o resultado do litígio na estrita esfera *inter partes*, despolitizando o conflito. Daí a afirmação de que o Estado siga sendo o mediador entre os interesses sociais conflitantes.

A arbitragem, tendo caráter público e impondo ao Estado uma dupla publicização, *compartilha o poder jurisdicional estatal*. Ao poder jurisdicional, expressão parcial da totalidade do poder soberano, incumbe a função de dirimir controvérsias pela aplicação do direito positivo estatal. Como função, a característica própria da jurisdição é a da submissão do conflito a um *terceiro imparcial* para que a decida, característica presente na arbitragem. Como poder, a partir do modelo de Estado social e da assunção do valor de justiça social como fim maior do Estado, a partilha dos fins do Estado (estrito senso) com a sociedade civil, ao contrário de fragmentar o poder soberano estatal, o fortalece.

Assim, *a co-gestão da prestação da atividade jurisdicional, complementar à jurisdição estatal, faz da sociedade, a um só tempo, agente e destinatária do poder soberano*, reafirmando que o fundamento do poder é o mesmo tanto para a jurisdição estatal quanto para a jurisdição arbitral. O reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem e de sua *complementaridade* à jurisdição estatal impõe, portanto, que a jurisdição arbitral não seja nunca *concorrente* à estatal.

A autonomia da vontade das partes, portanto, tem de limitar-se pela vontade da lei, quando esta se impuser. É por esta razão que a arbitragem não é competente para dirimir conflitos decorrentes de relações jurídicas nas quais há interferência de normas de ordem pública, justamente porque o Estado manifestou especial interesse na solução deste tipo de litígio. Resolve-se, assim, ao menos parcialmente, o problema referente à utilização da arbitragem para solução de conflitos entre partes não-paritárias – para o quê é instrumento inadequado – visto que habitualmente este tipo de relação jurídica é marcado pela intervenção do Estado, a fim de permitir a proteção do hipossuficiente.

A fim de compartilhar o poder jurisdicional, entretanto, é necessário que a arbitragem revista-se das garantias formais consideradas essenciais à prestação jurisdicional para que esta seja efetiva, e não meramente aparente.

A primeira e fundamental garantia necessária à arbitragem, para que esta se preste como meio adequado de solução de conflitos, é que *se dê sempre de acordo com a ordem pública, pois, caso contrário, caracterizar-se-ia por ser atentatória à jurisdição estatal, e não complementar*. Assim, mostrou-se que a arbitragem é incompetente para resolver controvérsias nas quais estejam envolvidas normas de ordem pública, cujo caráter cogente retira a esfera de disponibilidade das partes. Porém, se sua incompetência não for argüida, resta a via da anulação da sentença arbitral que haja desatendido aos preceitos de ordem pública.

Igualmente importantes são o princípio do contraditório, o princípio da fundamentação das decisões – fundamentação que se exige seja substancial e não meramente formal, como na hipótese da motivação constituir-se com base em erro grosseiro, o que seria suficiente para ensejar a anulação da sentença –, a imparcialidade do árbitro, a caracterizar mesmo a própria natureza jurisdicional da atividade tanto estatal quanto arbitral – exigindo-se cautela no exame da imparcialidade do árbitro ao tratar-se de conflito que envolva, em dos pólos da

relação processual arbitral, litigante habitual –, a garantia de igualdade das partes – que por limitar-se a esfera tão-somente formal, não se presta ao conhecimento de conflitos entre desiguais. A falta de previsão da garantia de gratuidade e assistência aos que delas precisarem, afasta, conseqüentemente, a via arbitral sempre nos casos em que, por não poderem arcar com seus custos, a arbitragem implique denegação de justiça.

Aliás, a natureza jurisdicional complementar que caracteriza a arbitragem impõe que esta nunca configure denegação de justiça por parte do Estado. Assim é que se deve furtar a imprimir à arbitragem a atualização das superadas concepções privadas da ação e do processo.

Entretanto, somente através do retorno à teoria civilista da ação – calcada na tese da imanência do direito de ação ao direito material, sendo, portanto, uma sua conseqüência lógica a de que a natureza do direito de ação era idêntica à do direito material – e à teoria contratualista do processo – fundada na concepção do processo como um negócio jurídico entre as partes, que tem por objeto a submissão comum à decisão judicial – é que se pode argüir que a arbitragem implica renúncia ao direito à prestação jurisdicional pelo Estado.

A interpretação da arbitragem como renúncia à jurisdição estatal funda-se na tese imanentista e contratualista de que quem pode renunciar ao direito material, pode igualmente renunciar à sua proteção, além de manifestar confusão entre convenção e procedimento arbitral, causada pela ignorância de que a vontade das partes somente pode eleger a esfera de resolução do conflito porque assim o Estado permitiu e quis.

Finalmente, deve-se compreender que *da arbitragem não decorre denegação da jurisdição estatal*. Ao contrário, se a jurisdição arbitral é complementar e nunca concorrente à estatal, isto significa que a arbitragem não pode implicar, em nenhuma hipótese, denegação da prestação jurisdicional pelo Estado, *o que reafirma a necessidade de que este siga sendo garantidor da tutela jurisdicional, prestada tanto na estrita esfera estatal quanto fora dela*. Portanto, a lide, submetida originariamente à esfera arbitral, não resta excluída do conhecimento pelos órgãos judiciais, aos quais compete o controle da validade do processo arbitral, garantindo que seja prestada às partes verdadeira jurisdição, e não sua mera aparência.

*Aponta-se, enfim, para a necessidade e a possibilidade de que a arbitragem seja pensada e recepcionada pelos juristas como instrumento de democratização do Direito, postura que implica, dialeticamente, o igual reconhecimento dos limites que à arbitragem devem ser impostos.*

## BIBLIOGRAFIA

- ALIGUIERI, Dante. *A Divina Comédia*. São Paulo: Editora 34, 1998.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil* v. 1. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000. 637p.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil* v. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2000. 758 p.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 323 p.
- AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. 237 p.
- AGUIAR, Roberto. *A Crise da Advocacia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1988. 168 p.
- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: *Pós-neoliberalismo*. Org.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996 p. 9-23.
- \_\_\_\_\_. Além do Neoliberalismo. In: *Pós-neoliberalismo*. Org.: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996 p. 197-202.
- ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997. 215 p.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Direito e Democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.
- \_\_\_\_\_. O Mundo Perfeito: Nem Possível, Nem Desejável. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.) *Max Weber: Direito e Modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 73-107.
- \_\_\_\_\_. Dilemas do Welfare State e Ordem Periférica. *Revista Alter Ágora*, nº 2, Florianópolis, 1994, p. 40-45.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito Moderno e Mudança Social: Ensaios de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 160 p.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Max Weber: Direito e Modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

- \_\_\_\_\_. *Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na Onda Neoliberal e Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- \_\_\_\_\_. Os Caminhos da Globalização: Alienação e Emancipação. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Org. ARRUDA JR., Edmundo Lima de e RAMOS, Alexandre. Curitiba: Edibej, 1998, p. 15-28.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 195 p.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson. *Gramsci: Estado, Direito e Sociedade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones Sociales Del Proceso Civil, *RePro*, v. 45, São Paulo: RT, jan-mar/1987.
- \_\_\_\_\_. Sobre a 'Participação' do Juiz no Processo Civil. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394.
- \_\_\_\_\_. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. *RePro*, v. 37, São Paulo: RT, jan-mar/1985, p. 140-150.
- \_\_\_\_\_. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. *RePro*, v. 35, São Paulo: RT, jul-set/1984, p. 231-238.
- \_\_\_\_\_. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. In: *RePro* v. 78, São Paulo: RT, abr-jun/1995, p. 133-144.
- \_\_\_\_\_. A Defesa do Consumidor em Juízo. In: *RePro* v. 61, São Paulo: RT, jan-mar/1991, p. 178-186.
- BARRAL, Welber. A Arbitragem e Seus Mitos. In: *Álter Agora* n. 5. Florianópolis, fev/1999, p. 05-09.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 140 p.
- BIAVASCHI, Magda. *Magistratura e Transformação Social: As Teses Coletivas dos Juízes Gaúchos*. Dissertação de mestrado. Florianópolis. UFSC, 1998.

- \_\_\_\_\_. As reformas do Estado em Tramitação: Breves Considerações. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Org. ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. Curitiba: Edibej, 1998, p. 231-243.
- BIONDI, Aloysio. Fim do Neoliberalismo, a Virada. *Caros Amigos*, São Paulo: Casa Amarela, nº 40, jun/2000, p. 11.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1980. 404 p.
- \_\_\_\_\_. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 171p.
- \_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 8ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 184 p.
- \_\_\_\_\_. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. 240 p.
- BONACCHI, Gabriela; GROPPi, Angela (org.). *O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres*. São Paulo: Editora da Unesp, 1995. 312 p.
- BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Globo, 1995.
- BÜLOW, Oscar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: EJEa, 1964.
- CAIVANO, Roque. *Arbitraje: Su Eficacia Como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. 410 p.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, Participação e Processo. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 82-97.
- CALVINO, Ítalo. *O Barão nas Árvores*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 139 p.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Notas para un Debate Contemporáneo Sobre la Justicia. In: *O Novo em Direito e Política*. Org.: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 49-64.



- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1999. 1414 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168p.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso à Justiça e a Função do Jurista em Nossa Época. In: *RePro* v. 61, São Paulo: RT, jan-mar/1991, p. 144-160.
- \_\_\_\_\_. O Acesso dos Consumidores à Justiça. In: *RePro* v. 62, São Paulo: RT, abr-jun/1991, p. 204-227.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei 9.037/96*. São Paulo: Malheiros, 1998. 361 p.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. 166 p.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo* v. 58. São Paulo: RT, p. 33-40.
- \_\_\_\_\_. Arbitragem e Jurisdição. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 296-307.
- CASCUDO, Câmara. *Vaqueiros e Cantadores: Folclore poético do sertão do Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Pernambuco*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.
- CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile*. Padova: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CIRNE LINS, Liana. Apontamentos Preliminares Sobre o Desenvolvimento das Qualidades Formais do Direito: Um Enfoque Weberiano a Partir do Imperium e das Codificações. In: *Revista Estudos Jurídicos* v. 32, nº 84, jan-abr/1999, p. 115-127.

- \_\_\_\_\_. Democracia Participativa e Orçamento Participativo. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO, 3. Florianópolis, 1996. Trabalho apresentado e aprovado.
- CONH, Gabriel. *Crítica e Resignação – Estudo Sobre o Pensamento de Max e Weber e sua Compreensão*. São Paulo: T.A. Queiroz Editor, 1979.
- \_\_\_\_\_. Introdução. In: Org. COHN, Gabriel. *Max Weber. Sociologia*. São Paulo: Ática, 1991. p. 7-34.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci*. Porto Alegre: L&PM, 1981. 232 p.
- \_\_\_\_\_. *Democracia e Socialismo*. São Paulo: Cortez, 1992. 87 p.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 120 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.
- DEZALAY, Ives e TRUBEK, David. M., A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29-80.
- DIEESE. O Pior Ano Para as Negociações Salariais. *Boletim Eletrônico do Dieese*, ano 1, n.2, maio de 2000.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 341 p.
- \_\_\_\_\_. Escopos Políticos do Processo. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 114-127.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. 360 p.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: RT, 1999. 274 p.
- EVANS, Peter. O Estado Como Problema e Solução. *Revista Lua Nova*, nº 28/29, São Paulo: CEDEC, 1993, p. 107–156.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. 359 p.

- \_\_\_\_\_. (org.) *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998. 160 p.
- \_\_\_\_\_. (org.) *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1997. 205 p.
- \_\_\_\_\_. Positivismo X Jusnaturalismo: Um Falso Dilema. In: *Revista Direito Achado na Rua* n. 1, Brasília, dez/1987, p. 23-26.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: RT, 1999. 323 p.
- \_\_\_\_\_. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: RT, 1997. 231 p.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 20-40.
- FIORI, José Luís. *O Consenso de Washington* (Palestra proferida no Centro Cultural Banco do Brasil em 04 de setembro de 1996). Disponível em: <http://www.obrasil.com/cultura/utopia/> Acesso em: 07/03/2000.
- \_\_\_\_\_. *Em Busca do Dissenso Perdido. Ensaios Críticos Sobre a Festejada Crise do Estado*. Rio de Janeiro: Insight Editorial, 1995. 245 p.
- FIUZA, Cezar. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 230 p.
- FONTES, João Piza; AZEVEDO, Fábio Costa. *A Lei de Arbitragem*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br> Acesso em: 11/04/2000.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996. 158 p.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1996. 295 p.
- FRANCO FILHO, Georzenor de Sousa. *A Nova Lei de Arbitragem e as Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. 100 p.
- FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987. 210 p.
- GENRO, Tarso. Nova Crise do Direito e do Estado. *Revista Direito em Debate*, ano IV, Ijuí: Unijuí, 1994, p. 29-39.

- \_\_\_\_\_. Reflexão Preliminar Sobre a influência do Neoliberalismo no Direito. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Org. ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. Curitiba: Edibej, 1998, p. 29-38.
- GENRO, Tarso e SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo: A Experiência de Porto Alegre*. 3ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1999. 110 p.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936. 916 p.
- GRAMSCI, Antonio. *Cartas do Cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. 4ª ed. 420 p.
- \_\_\_\_\_. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989. 7ª ed. 443 p.
- \_\_\_\_\_. *Concepção Dialética da História*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. 3 ed. 341 p.
- \_\_\_\_\_. (trechos escolhidos) In: *Gramsci*. COUTINHO, Carlos Nelson. Porto Alegre: L&PM, 1981. 232 p.
- GRAU, Eros Roberto. O Estado do Pós-Bem Estar e o Discurso Neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil). *Revista Alter Ágora*, nº1, Florianópolis, 1994, p. 9-13.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 730 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A Crise do Poder Judiciário. *Revista de Direito Público* nº 98, p. 18-26.
- \_\_\_\_\_. O Novo Processo do Consumidor. In: *RePro* v. 62, São Paulo: RT, abr-jun/1991, p. 141-152.
- \_\_\_\_\_. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: RT, 1973.
- \_\_\_\_\_. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 277-295.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993. 149 p.
- IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. 196 p.
- \_\_\_\_\_. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- JUNG, Carl G. Prefácio. In: *I Ching: O Livro das Mutações*. São Paulo: Pensamento, 1997, p. 15-26.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 427 p.
- \_\_\_\_\_. *Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. 82 p.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.
- LACERDA, Galeno. O Juiz e a Justiça no Brasil. *RePro*, v. 61, São Paulo: RT, jan-mar/1991, p. 161-177.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do Duplo Grau de Jurisdição. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Org. TUCCI, José Rogério Cruz e. 1<sup>a</sup> ed. 2<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 1999, p. 190-206.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999. 221p.
- LEMA, Sergio. O Patrimonialismo na Sociologia da Dominação Weberiana. In: *Max Weber: Direito e Modernidade*. Org.: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 149-155.
- LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. *Revista dos Tribunais* v. 686. São Paulo: RT, dez/1992, p. 73-89.
- LESBAUPIN, Ivo. Hegemonia Neoliberal, Democracia em Declínio e Reação da Sociedade Civil. In: *Para Entender a Conjuntura Atual*. LESBAUPIN, Ivo; STEIL, Carlos; BOFF, Clodovis. Rio de Janeiro: Vozes, 1996. p. 9-36.

- LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 372 p.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. A Função Política do Poder Judiciário. In: *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. Org.: FARIA, José Eduardo. São Paulo: Ática, 1997. 205 p.
- LOGUÉRCIO, José Eymard. Formas de Solução dos Conflitos Coletivos do Trabalho: Arbitragem? In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Org. ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. Curitiba: Edibej, 1998, p. 193-208.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás. Derecho y Teoría del Derecho en el Contexto de la Sociedad Contemporánea. In: *O Novo em Direito e Política*. Org.: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 39-48.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Braziliense, 1990. 130 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1998. 476 p.
- \_\_\_\_\_. *A Antecipação da Tutela*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 255 p.
- \_\_\_\_\_. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Org. TUCCI, José Rogério Cruz e. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: RT, 1999, p. 207-233.
- MARTINS, Jordan Fabrício. *Jurisdição Complementar: Uma Proposta de Nova Ordem Jurisdicional Para o Estado Contemporâneo*. Dissertação de mestrado. UFSC, 1993.
- MARX, Karl. *Contribuição Para a Crítica da Economia Política*. 5ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1977. 365 p.
- MENDES, Milton. Voto em Separado. In: *Diário da Câmara dos Deputados*, 23/07/96, p. 20910.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974. 516 p.

- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 287 p.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario del Codice e Delle Leggi di Procedura Civile* v. III. 3ª ed. Milano: Francesco Vallardi, s.d.
- NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. 183 p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1999. 248 p.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 132-150.
- \_\_\_\_\_. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 272 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões Sobre o Poder e o Direito*. Florianópolis: Estudantil, 1986. 92 p.
- PESSOA, Fernando. *Livro do Desassossego: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.
- PROUST, Marcel. *À Sombra das Raparigas em Flor*. 11ª. Ed. São Paulo: Editora Globo, 1992.
- RAMOS FILHO, Wilson. *O Fim do Poder Normativo e a Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999. 293 p.
- \_\_\_\_\_. A Globalização dos Direitos Humanos. In: *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Org. ARRUDA JR., Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. Curitiba: Edibej, 1998, p. 171-192.
- ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem (Uma Avaliação Crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1998. 162 p.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. 311 p.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.

- \_\_\_\_\_. (org.) *Solução de Controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 164 p.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999. 223 p.
- ROSENFELD, Denis. *Lições de Filosofia Política: O Estatal, o Público e o Privado*. Porto Alegre: L&PM, 1996. 112 p.
- ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.) *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15-27.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Leys, Principios, Derechos*. Madri: Editorial Dykinson, 1998. 128 p.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 3 ed. Porto: Afrontamento, 1994. 299 p.
- \_\_\_\_\_. Os Tribunais e a Globalização. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 09/11/1996, p. A2.
- \_\_\_\_\_. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *RePro* v. 37, São Paulo: RT, jan-mar/1985, p. 121-139.
- SANTOS, Milton. Entrevista Explosiva. *Caros Amigos* nº 17. São Paulo: Casa Amarela, ago/1998, p. 22-27.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 240 p.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Napoli: Torino, 1893.
- SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell'Arbitrato*. 2ª. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1982.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil* v. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000. 578 p.
- \_\_\_\_\_. Democracia Moderna e Processo Civil. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 98-113.



- SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luis. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1997. 346 p.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 222 p.
- TOLSTÓI, Liev. *A Morte de Ivan Ilitch*. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo Civil. Homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988*. 1<sup>a</sup> ed. 2<sup>a</sup> tir. São Paulo: RT, 1999. 262 p.
- VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile (Parte Generale)*. 2<sup>a</sup>. ed. Napoli: Jovene, 1988.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: *Participação e Processo*. Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: RT, 1988, p. 128-136.
- \_\_\_\_\_. Disposições Gerais do Código de Defesa do Consumidor. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 489-536.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. 2<sup>a</sup> ed. (em espanhol), 11<sup>a</sup> imp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. 1237 p.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e Política. Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1999. 124 p.
- \_\_\_\_\_. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: Org. COHN, Gabriel. *Max Weber. Sociologia*. São Paulo: Ática, 1991, p. 128-141.
- WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica Sobre la Actio*. Buenos Aires: EJEa, 1974.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 207 p.
- \_\_\_\_\_. *Elementos Para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990. 64 p.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994. 349 p.

## **ANEXOS**